

THÈSE DE

DIJON.

1888

N^o. /

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DU

CONSTITUTUM ALIENI DEBITI

EN DROIT ROMAIN

DES MOYENS RÉPRESSIFS ET PRÉVENTIFS

DE LA RÉCIDIVE

ET PARTICULIÈREMENT

des lois des 27 mai et 14 août 1885

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Henri CRAPELET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DU

CONSTITUTUM ALIENI DEBITI

EN DROIT ROMAIN

DES MOYENS RÉPRESSIFS ET PRÉVENTIFS

DE LA RÉCIDIVE

ET PARTICULIÈREMENT

des lois des 27 mai et 14 août 1885

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE 30 JUIN 1888

PAR

Henri CRAPELET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Sous la présidence de M. RENARDET, professeur

Suffragants {	MM. BONNEVILLE	} professeurs.
	MONGIN	
	SALEILLES, agrégé.	

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888

A MES PARENTS

A MES MAITRES

A MES AMIS



DROIT ROMAIN

DU CONSTITUTUM

DEBITI ALIENI

INTRODUCTION

Du Constitut en général. Son origine ; son caractère et ses modifications successives.

Avant d'entrer dans l'étude du sujet spécial que nous nous sommes proposé de traiter, il nous a paru nécessaire de donner quelques notions brèves, mais que nous espérons devoir suffire à l'intelligence de ce sujet, sur le pacte romain de Constitut considéré à un point de vue général. Les passer sous silence, décrire l'espèce sans parler du genre, c'eût été s'exposer à la dangereuse alternative d'être obscur et conséquemment incomplet ou d'encourir le reproche de digressions longues et nuisibles à la marche du sujet. Telle est l'idée à laquelle nous avons obéi en consacrant cette introduction à l'étude générale et nécessairement abrégée du Pacte de Constitut.

A l'époque classique le Constitut peut être défini : un pacte par lequel une personne capable s'engage

à payer à jour fixe une dette préexistante, pacte muni par le prêteur d'une action appelée *constitutoria* ou de *pecuniâ constitutâ*.

De graves controverses se sont élevées touchant l'origine du Constitut et dans le but de savoir à quelle cause on doit attribuer l'existence véritablement exceptionnelle en droit romain d'un simple pacte muni d'une action.

Suivant l'opinion la plus généralement répandue (1), le pacte de Constitut aurait été créé par le prêteur à l'imitation d'un contrat du droit civil, très usité dans les banques romaines, le *receptitium*. Le commerce de banque, venu de Grèce et importé à Rome où cependant il était méprisé et laissé aux mains des esclaves et des étrangers, consistait dans le change et la vérification du titre des monnaies, les prêts faits à l'Etat, aux cités, aux *collegia*, la vente des hérédités (l. 18, pr. Dig. de *hered*, petit, V, 3), le courtage, la réception de dépôts généralement irréguliers (l. 24, Dig., *depositi*. XVI, 3. — l. 26, § 1, Dig. de *pecuniâ constitutâ*. XIII, 5) pour le remboursement desquels les déposants avaient un *privilegium inter personales actiones*, le recouvrement des créances et le paiement des dettes des clients (l. 4 et 10, § 1. Dig., de *edendo*. — l. 39 Dig., de *solut*. XLVI, 3) (2). C'est à ce dernier genre d'opérations que se rapporte le contrat de *receptitium*, appelé aussi *receptum*. Le banquier, qui ne pouvait fournir sur-le-champ ce que son client l'avait prié d'avancer pour son compte, s'engageait envers le créan-

(1) Van Wetter, *Les obligations en droit romain*, t. 1, p. 395 et suiv.; Ortolan, *Explication historique des Instituts de Justinien*, 11^e édition, t. 3, p. 342.

(2) Polybe, liv. 32, ch. 13.

cier à payer à jour fixe (*recipiebat diem*) et était tenu de l'action *receptitia* civile. Ce contrat, qui était réservé exclusivement aux banquiers, pouvait avoir toutes choses pour objet et n'exigeait pas une obligation préexistante : aussi s'explique-t-on très bien l'importance qu'il avait à Rome, où il jouait le rôle du contrat appelé chez nous *ouverture de crédit* ; l'action qu'il engendrait était de sa nature civile, perpétuelle et transmissible activement et passivement.

Exigeait-il, ou non, pour sa formation, l'emploi d'écrits ou de paroles solennelles ? Des auteurs voient dans le *receptum* un contrat solennel, une sorte de 4^e forme du contrat *verbis* analogue à la *dotis dictio* et à la *jurata promissio liberti* ; ils se fondent, pour appuyer leur opinion, sur quelques mots obscurs de Justinien dans la constitution 2, au Code (IV, 18) : « *receptitiâ actione cessante, quæ solemnibus verbis composita.....* », et sur cette idée que cette solennité était en tous points conforme au formalisme habituel du *jus civile*. Pour d'autres, au contraire, ce caractère solennel eut été incompatible avec les nécessités du commerce et le développement de ce contrat ; les termes de la loi 2, au Code, ci-dessus invoqués se rapporteraient non au contrat lui-même, mais à la forme de l'action. Ce serait sortir du cadre que nous nous sommes tracé, que de vouloir entrer dans tous les détails de cette discussion dont l'importance est secondaire relativement à la décision à prendre sur l'origine du Constitut. Il nous suffira de dire que la seconde opinion nous semble préférable ; du reste nous aurons peut-être l'occasion d'y revenir dans la suite.

Tel était le *receptum* dont, suivant cette première

opinion, le Constitut ne serait qu'une extension, faite par le prêteur pour combler les lacunes du droit civil (1). Le magistrat serait parti de cette idée qu'il est exceptionnellement grave de violer un pacte venant confirmer une obligation préexistante; toutefois il aurait, en raison même de cette dérogation au principe si formel que le simple pacte n'engendre pas d'action, soumis le Constitut à plusieurs restrictions telles que la nécessité d'une obligation préexistante, la fixation d'un terme, la limitation de son objet aux *res quæ numero, pondere mensuræ constant*, et, dans certains cas que Justinien nous dit exister et qui sont restés inconnus, la réduction de la durée de l'action au court espace d'une année (2).

Une seconde opinion se refuse à voir dans le *receptum* des *argentarii* l'origine du Constitut prétorien. Pour combattre les partisans de cette origine, on fait valoir d'abord un argument étymologique : *recipere* ne s'entend que de la simple promesse d'une chose, c'est se charger d'une chose (3), par opposition à *excipere* qui signifie se décharger de quelque obligation; *constituere*, au contraire, c'est promettre avec indication de temps et de lieu. Une seconde raison est tirée de la forme solennelle attribuée au *receptum* par les partisans de ce système, en se fondant sur les premiers mots de la loi 2, au Code (*de pecuniâ constitutâ*): car, disent-ils, ces mots se réfè-

(1) Loi 7, § 1, Dig., *De just. et jure*, I, 1.

(2) Loi 2, Code, IV, 18.

(3) Ex : *recipere periculum*, prendre les risques à sa charge, (Loi 13, § 5, Dig., XIX, 2); *recipere se aditum hereditatem*, s'engager à faire adition d'hérédité (L. 46, Dig., XXVIII, 5). De même il est dit dans le *Pro Roscio* (n° 1) de Cicéron : *Recipit causam Roscii*, il prend en mains la cause de Roscius. Du vendeur qui ne garantit pas les vices de la chose, on dit : *excipit vitium* (L. 14, §§ 9 et 10, Dig., XXI, 1).

rent ou au contrat lui-même ou à l'action ; peuvent-ils s'appliquer à l'action ? non, car si Justinien avait voulu parler des systèmes de procédure *extra ordinem* ou formulaire, ils n'auraient aucun sens, ces procédures n'étant nullement solennelles ; s'il avait voulu viser les *legis actiones*, il était inutile de le dire, la solennité étant le propre de ce système ; et à l'époque intermédiaire où le passage lent du système des *legis actiones*, au système formulaire offrait le spectacle de leur coexistence, les cas où l'*actio sacramenti* existait encore étaient assez rares pour que Gaius n'eut pas oublié l'*actio receptitia* dans l'énumération qu'il en donne (*Com.*, IV, § 31). Quant à l'objection tirée des entraves qu'une pareille solennité eut mises au commerce, on y répond en montrant que l'accomplissement de ces formalités n'était pas plus gênant que la confection de notre lettre de change moderne, surtout à la fin de l'époque classique où ces formalités passaient pour remplies quand on trouvait la mention des *solemnia verba* dans l'écrit ou *cautio*. Donc la conclusion serait l'impossibilité de faire descendre le Constitut, pacte non solennel, du *receptum*, contrat solennel. Ajoutons à ces motifs toutes les restrictions dont le prêteur a entouré son institution et qui ont été plus haut énumérées. Ces restrictions sont en contradiction formelle avec la manière d'agir constante du prêteur, qui ne modifie ou ne corrige le droit civil ancien que pour en élargir l'application. Enfin comment expliquer avec le premier système l'existence de cette *sponsio dimidiæ partis* que Gaius nous révèle (*Com.*, IV, § 171) sanction énergique qui faisait défaut à l'action soi-disant prise pour modèle ? Si donc il a pu exister entre ces deux institutions similitude d'effets, il n'y a aucun rapport entr'elles quant à l'origine.

Cette origine, M. Bruns (1) propose de la chercher dans la théorie de la *pecunia certa credita*. Les textes sont fort obscurs à ce sujet ; tout ce qu'ils disent, c'est que l'action du Constitut a été créée *ne liceat fidem frangere*, ce qui est le but de toutes les actions préto-riennes. Gaius ne fait allusion au Constitut que inci-demment : « Parfois, dit-il, il est permis de faire une *sponsio*, comme dans les actions de *pecuniâ certâ creditâ* et de *pecuniâ constitutâ* ; la *sponsio* est du tiers pour celle-là, de la moitié pour celle-ci. » (*Com.*, IV, § 171). Faut-il voir dans ce rapprochement un simple hasard ou bien une preuve que l'action du Constitut aurait été le complément de l'autre ? C'est à cette dernière manière de voir que M. Bruns s'est rangé et il l'appuie par une comparaison fort ingénieuse de ces deux actions. Dans le sens strict, la *pecunia credita*, c'est celle *quæ sine ullâ conditione deducitur in obligationem* (2) ; or, ç'avait été primitivement une question controversée que de savoir si l'obligation conditionnelle pouvait faire l'objet d'un pacte de Constitut (3). De plus ces deux institutions se sont développées simultanément et parallèlement : ce n'est qu'à une époque tardive qu'il fut permis de *constituere rem pro re* (l. 1, § 5, *Dig.*, *hoc. tit.*) et il en fut de même pour le paiement de la *pecunia credita* ; l'objet, qui pour les deux cas consista d'abord dans l'argent seul, fut étendu en même temps pour les deux aux choses dites fongibles. Enfin cette théorie rend parfaitement compte des *sponsiones* dont parle Gaius (*Com.*, IV, § 171) : l'action attachée à la *pecunia credita*,

(1) Article de M. Bruns dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. 1, 1861.

(2) Gaius, *Com.*, III, § 124.

(3) Cela ressort de la manière dont Paul rapporte à ce sujet l'opinion de Pomponius (L. 19, § 1, *Dig.*, *hoc. tit.*)

simple obligation de payer, est sanctionnée par une *sponsio tertiae partis* ; on comprend que la promesse de payer un jour déterminé ait une sanction plus énergique encore, la *sponsio dimidiae partis* de l'action *constitutoria* (1).

Telles étaient jusqu'à une époque récente les deux opinions qui se partageaient les juriconsultes occupés à l'étude du droit romain. Mais voici qu'une nouvelle théorie s'est fait jour dans ces derniers temps. Son auteur, M. Eugène Revillout (2), prend particulièrement à partie M. Accarias et lui fait bien légèrement le dur reproche de s'occuper fort peu des controverses du Digeste mais de chercher plutôt à savoir ce qu'un préteur habile aurait dû décider : ainsi aurait fait le savant romaniste pour le Constitut (3). M. Revillout part de cette idée que les peuples orientaux, en particulier ceux qui habitaient l'Egypte, la Phénicie et la Babylonie, jouissaient, avant la conquête romaine, d'une civilisation fort avancée, alors que Rome n'était encore qu'une cité presque barbare, soumise à la législation formaliste et arriérée de la Loi des XII Tables. Or toutes les réformes accomplies insensiblement viendraient de préteurs, qui avaient gouverné

(1) Nous passons à dessein ce qui, pour certains auteurs constituerait une 3^e opinion attribuée à M. Gide. (Novation et contrat *litteris*). Il est faux que M. Gide ait voulu faire du contrat *litteris* l'origine de notre pacte ; si les deux formes de celui-ci, *constitutum debiti proprii* et *constitutum debiti alieni*, ont pu remplacer en pratique les deux espèces de *transcriptiones* que signale Gaius (*Com.*, III, §§ 128 et suiv.), et se prêter à tous les résultats que procurait l'ancienne *expensilatio*, les différences juridiques qui séparent ces deux institutions n'ont pas échappé à l'éminent auteur, et, en établissant une comparaison, son intention n'a jamais été de les faire engendrer l'une par l'autre.

(2) *Les obligations en droit égyptien.*

(3) *Les obligations en droit égyptien.* Introduction, p. 45 et suiv.

des provinces où ils avaient pu apprécier la supériorité du droit étranger sur la législation romaine, et qui, devenus magistrats à Rome, se seraient efforcés d'introduire par des subterfuges habiles les institutions qu'ils avaient vues en pleine prospérité chez ces peuples vaincus. Il en aurait été de même pour un bon nombre de modifications dues à des empereurs dont la plupart étaient de race étrangère. « Or, dit cet auteur (1), dans les actes de Babylone on voit sous Nabuchodonosor des gens payer eux-mêmes ce qui était dû par autrui, soit en indiquant un terme fixe pour le paiement, soit plus rarement sans terme fixe. C'était une des opérations les plus fréquentes du droit commercial pratiqué par les Phéniciens et transporté partout par eux. En ce cas la dette antérieure était toujours rappelée; et, s'il n'y avait pas eu dette antérieure, il n'y aurait pas eu de cause, et le droit babylonien essentiellement de bonne foi n'aurait pas donné de valeur à un Constitut sans cause. » Puis l'auteur énumère toutes les ressemblances qui existent entre le pacte prétorien de Constitut et les institutions analogues des législations égyptienne, phénicienne et babylonienne. Les deux espèces de Constitut se rencontraient à Babylone et en Égypte; cependant le Constitut de la dette d'autrui était plus fréquent dans ce premier pays qu'en Égypte où il n'y avait guère que des cautions familiales. A Babylone les banquiers surtout pratiquaient cette forme de cautionnement (*receptitium* des Romains); mais les coutumes commerciales leur imposaient certaines formes consacrées, tandis que toute autre personne qui faisait un Constitut en

(1) *Les obligations en droit égyptien*, Introduction, p. 45 et suiv.; Appendice sur les *Actes de Babylone*, III. *Créances et obligations*, p. 463.

était dispensée (1). La *sponsio dimidiæ partis* a son origine dans les clauses pénales des droits étrangers permettant, en cas de non paiement au terme fixé, d'augmenter la dette dans une certaine proportion ; en Grèce, l'augmentation pouvait être du double dans les contrats entre particuliers ; en Égypte, de la moitié en sus, absolument comme à Rome ; elle était inconnue à Babylone.

De plus, en admettant cette origine, on rend compte de nombreuses modifications apportées successivement au nouveau contrat prétorien. Le droit de payer *rem pro re*, refusé d'abord par les jurisconsultes romains, esclaves d'une interprétation judaïque des mots *pecunia debita*, finit par triompher conformément aux vieux principes du droit chaldéen devenu sur ce point le droit des gens. Il en fut de même de l'identité absolue exigée primitivement à Rome entre l'objet du constitut et l'objet de la dette antérieure. Enfin c'est peut-être dans ces législations orientales qu'on trouvera l'explication des mots énigmatiques de Justinien : « *et neque in omnibus casibus longæva esset constituta, sed in speciebus certis annali spatio concluderetur* » (2). A Babylone le constitut engendre une obligation essentiellement personnelle à celui qui l'a consenti, obligation intransmissible à ses héritiers ; la raison qu'en donne M. Revillout, c'est que le constituant pouvait prévoir qu'au terme fixé il aurait en sa possession la somme ou la chose promise, tandis que l'héritier peut ne plus se trouver dans les mêmes conditions. Pour les maisons de banque il en était tout autrement ; ces maisons ayant une existence indépen-

(1) *Les obligations en droit égyptien*, 8^e leçon, p. 183 et suiv.

(2) Loi 2, Code, *Hoc tit.*

dante des diverses personnes qui pouvaient se succéder à leur tête, la *pecunia receptitia* pour elles était sanctionnée par une action perpétuelle. N'est-il pas possible alors de supposer, sans entrer dans le domaine de la fantaisie, que l'action prétorienne du constitut à Rome était perpétuelle à l'égard des *argentarii* et annale pour toutes autres personnes ?

Entre ces trois opinions le choix est difficile à faire. Il est peut-être quelque peu téméraire de combattre la théorie des auteurs les plus nombreux qui donnent pour origine au Constitut le *receptitium* des banquiers. Mais quelle que soit l'autorité incontestable de ses partisans, il nous semble impossible, malgré une certaine analogie qu'on ne peut nier, de faire dériver le constitut d'une institution aussi différente que le *receptum*. Tandis que celui-ci ne suppose pas de provision, n'exige pas une dette antérieure, le prêteur en fait une condition *sine quâ non* de son constitut ; le premier a eu de tout temps toutes choses pour objet, le second ne s'appliqua d'abord qu'à de l'argent, puis aux choses fongibles, enfin depuis Justinien à toutes choses dans le commerce ; l'action de l'un est toujours perpétuelle, l'action de l'autre est tantôt perpétuelle tantôt annale ; enfin la *sponsio dimidiæ partis* donne au constitut une sanction plus énergique que celle du *receptum* (1). Le prêteur, dont le rôle invariable a été dans la législation romaine de corriger les sévérités du droit primitif, d'en élargir les institutions suivant les besoins nouveaux d'une civilisation s'accroissant de jour en

(1) Nous n'ajoutons pas un dernier argument fourni par une théorie qui n'est pas la nôtre. D'après cette théorie, l'action du constitut aurait été pénale et par conséquent intransmissible ; donc il y aurait incontestablement impossibilité à faire découler une action pénale et intransmissible de l'action transmissible et *rei persecutoria* du *receptum*.

jour, n'a pas pu soumettre à ces restrictions, source de nombreux inconvénients, une institution qu'il créait pour étendre à d'autres cas le *receptum* ancien d'une application plus large quant aux conditions sinon quant aux personnes.

D'autre part est-il parfaitement exact de prétendre que la théorie du constitut aurait été transportée toute faite du droit égyptien ou babylonien dans le droit prétorien ? Non ; car un pareil emprunt, outre qu'il eut certainement laissé sa trace dans l'histoire de la législation romaine, était, sous cette forme du moins, contraire à l'esprit de déduction des jurisconsultes romains et au génie d'une législation où le respect de la tradition et du passé était poussé jusqu'à l'excès. Toutefois nous ne croyons pas que l'on puisse mettre en doute l'influence des législations des pays étrangers bien supérieures pour la même époque à celle de leurs conquérants. Nous avons vu, en effet, en exposant la théorie de M. Eugène Revillout, combien grandes étaient les ressemblances entre le constitut romain et le constitut babylonien ou égyptien : ce qui a pu donner le jour à la théorie trop absolue d'une imitation servile faite par les préteurs romains. Ajoutons à cela que dans un pays encore plus rapproché de Rome, dans cette Grèce vaincue mais qui imposa à sa conquérante sa civilisation avancée, le constitut était connu de longue date, comme le prouve la récemment découverte de la loi de Gortyne (1). D'après M. Dareste

(1) *Nouvelle Revue historique*, 10^e année. Article de M. Rodolphe Dareste, membre de l'Institut et conseiller à la Cour de cassation. Des fragments de la *Loi de Gortyne*, ville de Crète, ont été découverts en 1863 par M. l'abbé Thenon et en 1880 par M. Haussoullier ; enfin l'inscription entière a été découverte en septembre 1884 par MM. Halbherr et Fabricius (Voir : 4^e cahier des *Mittheilungen des deutschen archæologischen Instituts in Athen*).

la forme des lettres de l'inscription et la direction des lignes, qui vont alternativement de gauche à droite et de droite à gauche, prouvent que la date la plus récente ne peut être que le VI^e siècle avant J.-C. ; cette loi serait donc contemporaine des lois de Solon. N'en fut-il pas de même pour cet autre pacte prétorien muni d'une action, qui créa un droit réel accessoire, l'hypothèque, dont le nom grec révèle à lui seul l'origine? Quoi d'étonnant alors, quand on voit deux pactes munis d'une action par le préteur, deux pactes qui se retrouvent dans la législation grecque et qui remontent à une époque où Rome les ignorait, si la pensée vient naturellement qu'ils auraient bien pu avoir été empruntés par le préteur, instrument de progrès, aux législations grecque ou orientales? Est-ce là une pure supposition? Non, si l'on veut bien se souvenir d'abord que nombre de préteurs, avant d'être à Rome, gou-

Le passage de cette loi qui nous intéresse est le suivant (XI, 50; *Revue*, p. 269) :

(50) αἱ ἀνδρες
 ἀμενος ἢ νενικημένος ἢ ἐνκοιστάνς ὁπελὼν ἢ διαβιλόμε
 νος ἢ διαφειπόμενος ἀποθάνοι, ἢ τουτῶι ἄλλος, ἐπιμωλ
 εν... πρώτῳ ἐν αὐτῷ, ὃ δὲ δικαστὰς δικαδδῆτω πορτί τὰ ἀποπ
 ωνόμενα· αἱ μὲν κα νίκας ἐπιμωλῇ, ὃ δικαστὰς κ'ὃ μνάμων
 αἱ κα δῶμῃ καὶ πολιτεύῃ, οἱ δὲ μαίτυρες οἱ ἐπιβάλλοντες ἄνδρα
 ἃ δὲ κένκοιστάν, καὶ διαβολᾶς καὶ διρήσιος μαίτυρες οἱ ἐπιβ
 ἄλλοντες ἀποπώνιοντων. ἢ δὲ κ'ἀποφείπωντι, δικαδδῆτω ὁμός
 ἄντα αὐτὸν καὶ τὸν καιτύρχος νικέν τό ἀπλόον.....

Traduction de M. Dareste : « Si quelqu'un meurt s'étant porté caution, ou ayant été condamné par jugement, ou étant obligé de restituer un gage, ou en retard de rendre un dépôt, ou *ayant pris jour pour payer*, ou réciproquement si l'autre partie vient à mourir, l'action sera intentée dans l'année. Le juge statuera d'après les déclarations faites devant lui. Ces déclarations seront faites, lorsqu'il s'agira d'une condamnation prononcée, par le juge et le mnémon s'ils sont encore vivants et habitant le pays, et par les témoins de l'affaire, et, s'il s'agit d'un cautionnement, ou d'un gage à restituer, ou d'un dépôt à rendre, ou d'une *promesse de payer à jour fixe*, par les témoins du contrat. S'ils font ces déclarations, le juge donnera gain de cause au demandeur, au simple, à condition qu'il prêtera serment, lui et les témoins.

vernaient des provinces conquises où ils avaient l'habitude d'appliquer constamment aux vaincus leur loi personnelle bien supérieure à la loi romaine ; si l'on veut se souvenir qu'un préteur spécial, nommé *prætor peregrinus*, fut institué pour juger les différends entre pérégrins et leur appliquer le droit national, qu'au cas d'absence ou d'empêchement de l'un ou de l'autre des préteurs urbain et pérégrin ils avaient l'un et l'autre pouvoir de se remplacer ; et, étant donné la toute-puissance de ces magistrats qui savaient habilement tourner la loi civile et même créer une législation à eux, leurs réformes ont dû forcément, et pour ainsi dire à leur insu, s'inspirer du droit pérégrin en ce que celui-ci avait de supérieur et de mieux approprié aux besoins d'une civilisation plus avancée.

Telle fut l'idée première des réformes du préteur. Mais nous savons qu'il n'eut jamais la hardiesse de lutter en face contre le droit civil que tous respectaient religieusement ; il mit toute sa science, toute son habileté, à déguiser ses réformes, à les habiller à la romaine, s'il est permis de parler ainsi, à les rapprocher des institutions déjà existantes tantôt au moyen de fictions tantôt par des concessions lentes et progressives. Ainsi en fut-il du Constitut. C'est ici que les observations de M. Bruns trouvent leur application. Le Constitut fut en quelque sorte comme le complément de la théorie de la *pecunia credita*, en suivit les vicissitudes, progressa avec elle, lui donna une nouvelle sanction. Nous ne voulons pas nous exposer à des répétitions inutiles ; qu'il suffise de dire que, du moins au point de vue où nous sommes placés, nous partageons les idées de l'éminent auteur sur les relations intimes qui unissent la *pecunia constituta* à la *pecunia credita*. Ajoutons cependant que les rôles

nombreux que le Constitut a joués à Rome lui ont imprimé quelques caractères spéciaux qui le rapprochent d'autres institutions et que nous aurons plus tard l'occasion de préciser: ce qui a pu permettre aux auteurs de la comparer tantôt au paiement, tantôt au contrat *litteris*, tantôt à la novation, tantôt à la reconnaissance de dette, tantôt à l'adstipulation ou à toutes les formes du cautionnement.

Quant à la date de l'introduction du Constitut dans le Droit romain, elle ne saurait être précisée. Ce qu'on peut dire de certain, c'est que sa naissance est postérieure à l'*adpromissio*, contrat de droit civil, étant donné que le Constitut fait échec à la règle fondamentale que le simple pacte n'engendre pas d'action. Mais l'existence du Constitut remonte au moins au temps de Labéon, qui vivait sous Auguste (1); et, à voir les règles rigoureuses qui le font ressembler plutôt à un contrat de droit strict qu'à un contrat de bonne foi, on peut sans crainte de se tromper lui assigner une plus haute antiquité.

CARACTÈRES ET CONDITIONS DU CONSTITUT. — SON UTILITÉ.

Des développements précédemment donnés sur l'origine de ce pacte il ressort, comme l'indique du reste notre définition placée en tête de cette introduction, que le Constitut est un pacte, muni d'une action par le prêteur, à la condition de répondre à différentes exigences que nous allons énumérer. Toutefois il est à noter que, fondé essentiellement sur

(1) Ulpien rapporte sur un point discuté par les jurisconsultes l'opinion de Labéon (L. 3, § 2. Dig., *Hoc tit.*)

l'intention des parties, il s'interprétait d'après leur volonté pour produire ses effets.

Les conditions nécessaires à sa formation sont de trois sortes : celles exigées de tous les contrats comme le consentement, la capacité, une cause, un objet ; en second lieu, celles qui caractérisent le Constitut en général dans toutes les formes qu'il revêt, c'est-à-dire la nécessité d'une dette préexistante et la fixation d'un terme ; enfin les conditions spéciales que le constitut doit remplir pour s'adapter aux besoins nombreux qu'il est appelé à satisfaire, suivant qu'il doit jouer le rôle de paiement, de novation, d'adstipulation ou de cautionnement.

Nous n'avons rien à dire des conditions générales à tous les contrats ; elles sortent de notre cadre. Quant à la nécessité d'une dette préexistante, elle était et n'a jamais cessé d'être une condition essentielle de ce pacte. Peu importait que cette obligation antérieure eut sa source dans un contrat, un délit, ou fut née *quasi ex contractu* ou *quasi ex delicto* (1), qu'elle fut *certa* ou *incerta* (2), civile, prétorienne ou même simplement naturelle (3) ; toutefois il ne fallait pas que l'obligation civile *jure perfecta* fut paralysée par une exception prétorienne perpétuelle ne laissant pas subsister d'obligation naturelle (4). Enfin faisons remarquer que cette obligation préexistante n'était exigée que *in rem*, pour parler le langage des juris-

(1) Loi 1. § 6, loi 29, Dig., *Hoc tit.*

(2) Loi 1, § 6, 21, pr., 23, Dig., *Hoc tit.*

(3) Loi 1, § 8, 19, § 2, 25, § 1, 1, § 7. Dig., *Hoc tit.*

(4) C'est ainsi qu'il faut interpréter la loi 3, § 1 (Dig., *Hoc tit.*) ; car l'exception temporaire qui ne donne pas lieu à *condictio indebiti* au cas de paiement et l'exception perpétuelle qui laisse subsister une obligation naturelle peuvent être la cause d'un constitut ; ex. : l'exception du S.-C. Macédonien.

consultes romains (1). L'obligation entachée d'une nullité pouvait elle-même servir de cause à un Constitut valable, si le constituant avait l'intention non de garantir la solvabilité du débiteur de l'obligation primitive, mais de garantir le créancier contre les risques de l'annulation elle-même, par analogie de ce qui existait pour la fidéjussion (L. 13, pr. Dig., IV, 4).

La fixation d'un terme fut également, en principe, une condition essentielle de la validité du Constitut ; c'était même de cette condition que notre pacte tirait son nom : *constituere diem*, prendre jour pour le paiement (2). On peut même dire qu'à toute époque, même aux derniers temps, il en fut ainsi ; car ce n'est pas une suppression de cette condition qu'il faut voir dans les mots que nous trouvons à la loi 21, § 1 (Dig., *hoc tit.*). Paul se demande si un constitut fait sans terme peut avoir quelque valeur, et il se fonde sur les termes très larges de l'Edit pour donner une réponse affirmative. Ce texte appelle deux remarques : une première est que le style de la loi prouve par lui-même qu'elle a été interpolée, les mots « *non minus decem dierum* » (hellénisme) et « *exactio celebretur* » étant empreints d'une emphase qui n'est certainement pas de Paul ; la seconde remarque, c'est que cette solution respecte quand même notre principe, car elle suppose sous-entendu un terme de dix jours au moins. Du

(1) *In rem* veut dire *generaliter*, c'est-à-dire, sans se préoccuper des personnes parties active ou passive au contrat qui peuvent n'être plus les mêmes dans le constitut, au point qu'on peut même constituer une dette qui au moment du pacte ne repose sur aucune tête, comme au cas d'une hérédité jacente (L., 7, § 8. Dig., II, 14), (L. 11, pr. Dig., *Hoc tit.*)

(2) Tacite, parlant des Germains, s'exprime ainsi : « *sic constituunt, sic condicunt* », c'est ainsi qu'ils fixent un terme pour faire leurs paiements et pour comparaître en justice (*Germanie*, chap. 11).

reste comment se comprendrait un constitut sans terme, payable sur-le-champ?

Quant à l'objet du constitut, le principe ancien fut incontestablement celui de l'identité d'objet entre les deux dettes, principe que les progrès de la législation finirent par faire écarter. A l'époque d'Ulpien la controverse n'était pas encore tranchée, car dans la loi 1, § 5 (*hoc tit.*), il ne fait à ce sujet qu'exprimer son opinion personnelle : « *puto* » dit-il. Cette transformation s'opéra en même temps que se firent jour les principes nouveaux de la *datio in solutum* au cas de *pecunia certa credita*. Du reste de l'ancien principe quelque chose subsista, la règle que le constitut ne pourrait dépasser le montant de la dette antérieure sous peine de réductibilité (lois 11, § 1, 12 et 13, Dig., *hoc tit.*). — De plus cet objet, qui primitivement ne pouvait être que de l'argent par suite d'une interprétation littérale du mot *pecunia* de l'Edit, s'appliqua dans la suite aux choses fongibles au fur et à mesure que le sens du mot *pecunia* s'élargit, pour comprendre enfin toutes choses qui sont *in commercio*.

Enfin de cette idée que le constitut est une convention, un pacte, l'accord non formaliste des volontés, découlent de nombreuses conséquences parmi lesquelles nous citerons : l'absence de toute formule consacrée dans l'expression de l'intention des parties (1), la possibilité d'un constitut entre absents par lettre ou par un *nuntius* (2), le consentement pouvant n'être que tacite de la part du créancier (3), le changement d'objet dans les derniers temps tout au moins (4), etc..

(1) Ex.: lois 5, § 3, 24, 26 et 31. Dig., *Hoc tit.*

(2) Lois 5, § 3, 14, § 3, 15. Dig., *Hoc tit.*

(3) Lois 5. § 3, 24 et 26. Dig., *Hoc tit.*

(4) Lois 1. § 5 et 23. Dig., *Hoc tit.*

Nous aurons du reste à les signaler et d'autres encore dans le cours de cette étude.

Le constitut peut être affecté de modalités qui ne se présentaient pas dans l'obligation antérieure: terme(1), condition (2), *adjectio solutionis gratiâ* (3), alternativité (4), solidarité, à l'exclusion de la corréalité.

Utilité du pacte de Constitut. — Il répond à des besoins nombreux, et son utilité apparaît à un triple point de vue, suivant qu'il a lieu entre les mêmes parties qui avaient figuré dans le contrat antérieur, ou par changement de créancier, ou par changement de débiteur. — Supposons que les parties restent les mêmes: le constitut permet de rapprocher le terme fixé primitivement (l. 3, § 2, Dig., *hoc tit.*) sans avoir besoin de recourir à une stipulation novatoire, ou de reculer, ou de changer le lieu du paiement (l. 4 et 5, pr., Dig., *hoc tit.*), ou d'empêcher l'extinction d'une action temporaire (l. 18, § 1., Dig., *hoc tit.*), ou de munir d'une action une obligation naturelle qui en était dépourvue (l. 1, § 7, Dig., *hoc tit.*), ou de changer l'objet quand la condition de l'identité eut disparu. — Si c'est un nouveau créancier qui figure au constitut avec l'ancien débiteur, alors le pacte peut jouer le rôle d'*adstipulatio* ou même d'*expromissio mutato creditore*, c'est-à-dire par suite d'une délégation. Mais ces hypothèses sont extrêmement rares. — Enfin si, l'ancien créancier restant le même, c'est un nouveau débiteur qui apparaît, nous aurons suivant les cas une *expromissio mutato debitore* ou une *adpromissio*. Le constitut con-

(1) Voir ce que nous avons dit plus haut sur le terme.

(2) Loi 19, pr. et § 1. Dig., *hoc tit.*

(3) Lois 30, 7, § 1, 8, Dig., *hoc tit.*, loi 59 Dig., *solution*. XLVI, 3.

(4) Loi 25, pr. Dig. *hoc tit.*

sidéré sous cette dernière forme devant faire l'objet de notre étude spéciale, nous n'y insisterons pas davantage pour le moment.

EFFETS DU CONSTITUT

Le constitut est-il accessoire à l'obligation préexistante ou extinctif de cette obligation ? S'il peut être extinctif, l'est-il *ipso jure* ou *exceptionis ope* ? S'il éteint l'obligation primitive *exceptionis ope*, quelle est cette exception ? Ce sont là tout autant de questions qui ont divisé et divisent profondément les auteurs. Chacun a pour ainsi dire son opinion distincte à ce sujet. Pour Pothier et M. Du Caurroy, le constitut est toujours accessoire (1); c'est aussi la théorie qu'a défendue l'éminent M. de Savigny. M. Demangeat distingue (2): le constitut *debiti alieni* serait toujours accessoire, l'autre toujours extinctif mais seulement *exceptionis ope*. M. Machelard (3) soutient qu'il peut être extinctif même lorsqu'il est fait par un tiers. Enfin M. Bodin, doyen de la faculté de Droit de Rennes, a émis, il y a quelque temps, un nouveau système qui a conquis la majorité des auteurs modernes: pour lui il faut s'en référer à l'intention des parties (4). Nous ne pouvons entrer à présent dans la discussion de toutes ces opinions; nous nous réservons de le faire

(1) Pothier. *Pand. Just... De constitutâ pecuniâ*, 22. Du Caurroy. *Instit. expliq.* 6^e édit., p. 338, n^o 1212.

(2) M. Demangeat. *Des obligations solidaires*, p. 85.

(3) M. Machelard. *Des obligations naturelles en Droit romain*, p. 88.

(4) M. Bodin. *Dissertation sur les effets du pacte de constitut*. *Revue historique du Droit français et étranger*. 1866, tome XII, p. 209 et suiv.

quand nous parlerons des effets du *Constitutum debiti alieni*.

Enfin un effet important du pacte de constitut est la naissance d'une action qui le sanctionne et qui porte le nom de *constitutoria* ou de *pecuniâ constitutâ*. Puchta (*Institutes*, II, § 168) prétend cependant que l'Edit n'introduisit pas d'action spéciale, mais que le prêteur forçait les parties à faire la *sponsio* dont les textes parlent, *sponsio* qui aurait compris à la fois le montant de la dette et la moitié en sus. Ce ne serait que plus tard que l'action résultant de la *sponsio* aurait été remplacée par une action *in factum*.

Quoi qu'il en soit, à quelque époque que soit née l'*actio constitutoria*, de graves controverses se sont élevées sur la nature de cette action. Bon nombre d'auteurs (1) soutiennent que dans les premiers temps elle était pénale, intransmissible et tendant à obtenir des dommages et intérêts, que ce n'est que plus tard, à peu près à l'époque d'Ulpien, qu'elle aurait changé de caractère pour devenir *rei persecutoria*, non pénale et transmissible. Ils font remarquer que la formule de l'action *in factum* (Gaius. *Com.*, IV, § 47) tend à la réparation d'un préjudice causé par un fait illicite : ce qui le prouverait, ce seraient les lois 16, § 4 § et 18 pr. à notre titre et le doute que manifeste Ulpien dans la loi 18, § 2. Or les caractères de l'action pénale sont énumérés dans les lois 4, §§ 6, 5, 6 et 7 (Dig., *de alienatione judicii mutandi causâ*. IV, 7). C'est ce qui expliquerait aussi pourquoi les textes ne parlent pas de *mora* dans l'exécution du constitut, car si satisfaction n'est pas donnée au jour fixé, il y a inexécution complète. Mais dès que le terme eut cessé d'être un élément essentiel

(1) Bruns. Article dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*. Tome I, 1861, p. 48 et suiv.

de ce pacte, le caractère de l'action aurait été modifié : ce qui aurait eu lieu à l'époque d'Ulpien et de Paul (1). Nous n'acceptons pas cette opinion ; pour nous l'action du constitut fut toujours *rei persecutoria* et transmissible. Ce qui le prouve, c'est d'abord le texte de la constitution de l'empereur Gordien (2), qui déclare l'action transmissible et ne fait aucune allusion à un changement de législation relativement à ce caractère de l'action ; or une action pénale n'est pas transmissible. Une autre preuve est l'opinion d'Ulpien et de Marcellus dans ce texte même (l. 18, § 2, Dig., *hoc tit.*) qui a été la cause de la controverse. Enfin une dernière preuve absolument concluante découle des Instituts de Justinien. Les paragraphes 8 à 12 du chapitre VI du livre IV opposent formellement les trois actions prétoriennes, parmi lesquelles figure celle du constitut, qui sont *rei persecutoriae* (§§ 8 à 11), aux actions pénales qui furent également l'œuvre du préteur (§ 12). Signalons, pour terminer, cette *sponsio dimidiæ partis* qui donnait une sanction si efficace au constitut et qui fut créée à l'imitation de la *sponsio tertice partis* de la *pecunia certa credita*.

RÉFORMES DE JUSTINIEN

Justinien les annonce d'une façon pompeuse et dans un langage diffus dans sa constitution qui forme la loi 2, au Code (*de pecuniâ constitutâ*, IV, 18). Il fondit ensemble le *receptum* ancien et le pacte plus récent de Constitut et laissa à sa nouvelle ins-

(1) Lois 14, §§ 1 et 2, 16, § 2, 3 et 4, 17, 18 pr. et § 1. Dig., *Hoc tit.*

(2) Loi 1. Code. *Hoc. tit.*

titution le nom de Constitut. Cette fusion amena trois réformes importantes : 1^o l'action du constitut fut désormais dans tous les cas perpétuelle, tandis que auparavant, à s'en tenir à ce que dit Justinien, elle était parfois annale, sans qu'il nous ait fait connaître ces hypothèses ; il faut noter qu'on doit entendre par là une perpétuité relative, Justinien appelant perpétuelles les actions qui se prescrivent par trente ans. 2^o Le *receptum* n'impliquant pas nécessairement l'idée d'une dette préexistante, pouvait être pur et simple, alors que la dette antérieure, à supposer qu'il y en eut une, aurait été conditionnelle ; il ne pouvait en être ainsi du constitut avant Justinien ; sa constitution adopte la solution donnée autrefois pour le *receptum* (1). 3^o Enfin le constitut, qui ne pouvait avoir pour objet que de l'argent d'abord, puis des choses fongibles, embrassa désormais toutes choses *in commercio* à l'imitation du *receptum*.— Deux autres innovations résultent encore d'autres textes du même empereur. La loi 3, au Code (*hoc. tit.*), admet les constituants, au cas de pluralité de cautions de ce genre, à se prévaloir du bénéfice de division ; et la *Novelle* 136 (préface et chapitre 1) leur accorde le bénéfice de discussion donné par la *Novelle* 4 aux autres modes de cautionnement.

(1) Remarquons en passant deux erreurs dans la loi 2 (Code *Hoc tit.*) relativement à cette réforme. Justinien semble dire que le constitut n'était pas possible pour une dette antérieure conditionnelle ou à terme ; or il est constant qu'il était possible pour une dette antérieure à terme, puisqu'il avait fréquemment pour mission de rapprocher ce terme ou de le supprimer (L. 3, § 2. Dig., *Hoc tit.*), et qu'un constitut pouvait intervenir pour une dette conditionnelle en étant affecté de la même condition. (L. 19, pr. Dig., *Hoc tit.*)

DIVISIONS

Ces notions brèves mais nécessaires vont maintenant nous permettre d'aborder l'étude spéciale que notre titre indique, en nous évitant des digressions trop longues dans le domaine de la théorie générale du Constitut.

Nous diviserons cette matière en quatre chapitres : dans un premier chapitre nous donnerons quelques notions générales sur le *Constitutum debiti alieni*, son origine et la date de son apparition dans le droit romain ; un deuxième sera consacré aux conditions exigées pour la formation et la validité de ce pacte ; dans le troisième on en étudiera les effets ; dans le quatrième nous comparerons cette institution avec d'autres qui ont avec elle des analogies.

CHAPITRE PREMIER

Notions générales sur le « *Constitutum debiti alieni* ». Son origine et l'époque de son apparition.

Nous savons déjà par ce qui précède que l'existence d'une obligation antérieure nécessaire à la validité du pacte de constitut n'était, suivant l'expression des jurisconsultes romains, exigée que *in rem*, c'est-à-dire *generaliter*, abstraction faite de toute idée de personnes, ainsi que nous l'avons expliqué (1). De là cette conclusion qui nous est déjà connue, que le constitut peut intervenir soit entre les mêmes personnes, soit entre l'ancien débiteur et un nouveau créancier, soit entre l'ancien créancier et un nouveau débiteur. C'est ce dernier cas qui est compris sous notre titre : *Constitutum alieni debiti*. Du reste le prêteur n'avait-il pas formulé sa pensée dans l'Edit : « *Qui pecuniam debitam constituit*, » sans autre exigence quant aux personnes ? D'où les jurisconsultes, sans que cela ait jamais fait doute, avaient admis la possibilité de notre Constitut. Cela n'a rien qui doive nous surprendre si, comme nous allons le voir, le constitut a été introduit sous toutes

(1) Ulpien, Loi 7, § 8, Dig., *de Pactis*, II, 14.

ses formes à la même époque dans la législation romaine.

Sans vouloir revenir sur les longues discussions touchant l'origine de notre pacte dans lesquelles nous sommes entrés plus haut (1), rappelons seulement que pour nous l'idée d'introduire ce pacte muni d'action, aux conditions que nous connaissons, fut puisée par le préteur dans les législations étrangères et qu'il n'y avait pas de raison pour que celui-ci fît une distinction là où il n'y en avait pas, adoptât le constitut *proprii debiti* et ajournât l'adoption de l'autre, alors que tous deux étaient pratiqués journellement par ces législations. De ce que le besoin du *constitutum debiti alieni* ne se soit pas fait sentir au moment de la création de ce pacte prétorien considéré d'une manière générale, il ne faut pas conclure à ce que sans motif plausible le magistrat romain aurait fait une séparation à laquelle sa pensée devait être complètement étrangère. Oui, nous reconnaissons qu'à cette époque l'institution du cautionnement, des sûretés personnelles, suffisait grandement aux besoins de la société romaine. En quoi cela infirme-t-il notre opinion ? C'était, sans que l'intention existât, une nouvelle forme de cautionnement venant s'ajouter à d'autres, puis prenant peu à peu sa place

(1) Nous tenons ici à nous justifier d'un reproche qui pourrait nous être adressé, celui d'un vice de méthode. La discussion sur l'origine du Constitut a peut-être paru fort longue pour être placée dans le cadre nécessairement restreint d'une introduction. Nous n'avons cependant pas hésité à le faire. Il nous a semblé impossible de séparer à cet égard les deux espèces de constitut qui ont la même origine ; et d'autre part l'établissement du *constitutum alieni debiti* n'ayant pas été le but principal de l'introduction du pacte prétorien dans la législation romaine, la place de cette discussion était naturellement dans l'étude générale du Constitut, objet de notre Introduction.

au milieu d'elles par les facilités et les avantages qu'elle pouvait présenter.

Ce fut du reste ce qui arriva. Car nous trouvons dans les auteurs la trace des deux formes du constitut à peu près à la même époque : ce qui prouve que, si l'établissement du constitut comme mode de cautionnement ne fut pas le but primordial du prêteur, il fut néanmoins mis en pratique presque aussitôt que le constitut *debiti proprii*. C'est un littérateur, qui fut en même temps un jurisconsulte célèbre, Cicéron, qui nous fournit le premier un exemple de l'une et de l'autre forme du constitut. Voici dans quelles circonstances il nous cite un cas de *constitutum debiti proprii*. Son client, P. Quintius, héritier de son frère C. Quintius, devait en cette qualité une certaine somme à un nommé P. Scapula, lequel vint à mourir aussi laissant pour lui succéder ses enfants. La dette n'était pas encore liquide. Un ancien associé de C. Quintius, Nœvius, donna alors à P. Quintius le conseil de transiger sur le montant de la dette avec les enfants du créancier ; et, confiant dans la promesse à lui faite par Nœvius de lui fournir l'argent nécessaire au jour du paiement, Quintius fait un constitut avec ses créanciers : « *Quasi domi meos haberet, ita constituit Scapulis se datum.* » Au jour fixé, Nœvius refuse l'argent promis sous prétexte que l'ancienne société n'est pas liquidée et qu'il en veut d'abord le règlement. Et Cicéron de nous dépeindre les angoisses de son client, preuve concluante de l'existence de cette action *constitutoria* que l'adjonction de la *sponsio de iudicis partis* rendait plus terrible encore (1). — L'exemple de constitut de la dette d'autrui nous est

(1) Cicéron, *Pro Quintio*, ch. 3 à 5.

fourni par Cicéron dans deux de ses lettres à Atticus. « *Litteras accepi*, dit-il dans une première lettre (1), *Montanum Planco debere.... H. S. xxv... velim; ...si qua re potes illum juvare, juves, pertinet ad nostrum officium.* » Une lettre suivante nous apprend qu'il a promis par constitut à Plancus de payer cette dette : « *Scis nos pridem jam constituiisse Montani nomine H. S. xxv dissolvere, hoc Cicero petierat.... liberalissime promiseram* (2). » — A partir de cette époque les exemples de *constitutum debiti alieni* se rencontrent de plus en plus fréquents dans les auteurs littéraires ; nous aurons dans la suite l'occasion d'en citer ; et les jurisconsultes dans leurs commentaires sur l'Edit étudient avec la même sollicitude les deux espèces de constitut.

Malgré le silence des textes peut-on au moins fixer la date approximative de la naissance du constitut ? Un point qui est hors de doute, c'est que notre constitut-cautionnement, pour employer une expression claire et brève à la fois, est plus récent que l'*adpromissio*, et cela pour trois motifs : le premier, c'est que la stipulation, qui a servi à créer l'*adpromissio*, est un des plus anciens contrats de la législation romaine ; un deuxième découle de cette idée que notre pacte, ayant été dès son introduction muni d'une action, fait échec à un des principes fondamentaux du vieux droit romain : « *ex pacto actio non nascitur* (3) » ; enfin un dernier motif, c'est que les innovations prétoriennes, parmi lesquelles figure le constitut, sont toujours plus récentes que les institutions du droit civil pur (4). Ceci exposé, on peut sinon préciser l'époque, du moins lui

(1) Cicéron, *Ad Att.*, XII, 52.

(2) Cicéron, *Ad Att.*, XVI, 15.

(3) Ulpien, loi 7, § 5 ; Dig., *De pactis*, II, 14.

(4) *Instituts*, 4, VI, § 8.

assigner une date *maxima* et *minima*. Il est absolument certain que le constitut existait sous Auguste (1) et même à l'époque de Cicéron. Mais sa naissance remonte beaucoup plus haut : observons en effet que ce pacte présente cette particularité remarquable qu'il est soumis à des règles rigoureuses lui donnant plutôt la physionomie d'un contrat de droit strict que d'un contrat de bonne foi : ce qui est une preuve d'antiquité. Les auteurs qui le font dériver du *receptum* invoquent comme second argument que le *receptum* était depuis longtemps tombé en désuétude avant Auguste. Nous ne voulons pas l'invoquer, parce que nous n'en admettons pas le principe ; et l'accepterions-nous, nous ne pourrions nous en prévaloir, car pour nous il est absolument erroné de dire que le *receptum* n'existait plus au temps d'Auguste... En effet, Justinien qui l'a aboli dans sa Constitution (2), après l'avoir présenté comme une institution depuis longtemps hors d'usage (3), par une étourderie qui le met en contradiction avec lui-même, prend soin de respecter, malgré ses réformes, la validité de tous les *recepta* faits antérieurement à sa Constitution (4).

Avant d'entrer dans les détails que nécessite notre étude, il est bon de donner du *Constitutum alieni*

(1) Loi 3, § 2, Dig., *Hoc tit.*; Labéon était contemporain d'Auguste.

(2) Loi 2, Code, *Hoc tit.*

(3) « *Receptitiâ actione cessante, quæ solemnibus verbis composita INUSITATO recessit vestigio...* » dit le commencement de la loi 2, Code, *Hoc tit.*

(4) « *His videlicet, quæ ARGENTI DISTRACTORES et alii negotiatores indefense constituerint, in suâ firmitate secundum morem usquæ adhuc obtinentem durantibus.* » Loi 2, § 2, Code, *Hoc tit.* L'emploi du mot *constituerint* ne peut être pris à la lettre en présence des mots *argenti distractores* qui indiquent bien qu'il n'est question ici que d'un contrat réservé à cette catégorie de commerçants, c'est-à-dire le *receptum*.

debiti une définition spéciale qui aura l'avantage de bien délimiter le rôle qu'il était appelé à jouer. C'est un pacte prétorien muni d'action par lequel un autre que le débiteur s'engage envers le créancier primitif à payer à jour fixe une obligation préexistante.

Des termes larges de cette définition il ressort que le *constitutum alieni debiti* peut être considéré à deux points de vue différents. Ou bien le nouveau débiteur et le créancier primitif auront eu l'intention de libérer l'ancien débiteur, et cela que l'intervention du nouvel engagé ait eu lieu sur l'ordre du débiteur primitif ou même sans son ordre ; alors nous aurons une véritable *expromissio mutato debitore* qui dans le premier cas se rapprochera de la *delegatio*. Ou bien le constituant et le créancier auront eu en vue d'augmenter les garanties de ce dernier en ajoutant à la première obligation un nouveau débiteur ; et ici le constitut aura tous les caractères d'un cautionnement.

L'opinion que nous avons soutenue sur l'origine de ce pacte nous a fait admettre une même date pour l'apparition du constitut sous toutes ses formes et dans tous ses rôles. Or il advient qu'au point où nous sommes arrivés nous nous trouvons en contradiction avec M. Flürer (1). Cet auteur prétend que le constitut-délégation précéda dans l'ordre chronologique le constitut-cautionnement. « Le constitut, dit-il, même dans sa conception primitive, même sanctionné par une *actio poenalis*, se prêtait fort bien à cette combinaison (la *delegatio*). » Quant au constitut, mode de cautionnement, il aurait été impossible avec le caractère primitif du pacte prétorien, avec une promesse de payer

(1) Du *pactum constitutæ pecuniæ* à Rome et dans les temps modernes, Nancy, 1874, p. 109.

à terme fixe et permettant de poursuivre de plein droit le débiteur au cas de non-paiement à cette époque. « En effet, ajoute le même auteur, l'objet du cautionnement est de procurer une garantie au créancier; mais, quoique la caution s'engage sans condition, au fond son intention est de ne payer qu'éventuellement, si le débiteur ne paie pas. » Ce ne serait qu'à l'époque où un avertissement aurait été exigé pour l'exécution du constitut, où par conséquent la théorie de la *mora* se serait appliquée à ce pacte, où le terme n'aurait plus été qu'un élément accidentel, que la nouvelle forme de cautionnement aurait apparu et se serait rapidement développée.

Avouons qu'il y a lieu de s'étonner de voir un pareil argument invoqué par l'auteur que nous combattons. Le constitut, d'après lui, n'aurait pu être employé comme cautionnement, parce qu'il aurait pu arriver que le constituant fut poursuivi avant le débiteur primitif : ce qui eut été exorbitant. Oui, cela pouvait arriver. Mais n'en était-il pas de même pour les autres formes de cautionnement ? Au cas de *sponsio* ou de *fidepromissio* ou de *fidejussio*, par exemple, le créancier ne pouvait-il pas au jour fixé commencer ses poursuites contre l'*adpromissor*, en laissant de côté le débiteur principal, sauf règlement ultérieur à intervenir entre la caution et le débiteur ? « *Jure nostro, est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur*, » dit une constitution de l'empereur Antonin (1). La seule différence qui à cet égard distinguât ces deux formes de cautionnement, et qui ne peut nous étonner, étant donné les exigences moins rigoureuses de notre pacte,

(1) Loi 5, Code, *De fidejussoribus et mandatoribus*, VIII, 41.

c'est que, tandis que l'*adpromissio* ne pouvait être faite à un terme plus rapproché que celui de la dette principale (1), il en était autrement du constitut (2) où le principe de la prohibition de la *durior causa* était moins étroit.

Pour déterminer la place que le constitut occupa dans la théorie générale des sûretés personnelles du droit romain, il faudrait établir une comparaison entre ces différentes garanties, comparaison qui, faisant ressortir les côtés défectueux des autres formes du cautionnement, montrerait l'utilité spéciale du constitut pour répondre à certains besoins. Mais ce serait anticiper sur les matières qui doivent faire l'objet de notre chapitre quatrième, auquel nous renvoyons l'examen de cette question.

(1) « *Non solum enim in quantitate sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare,* » disent les *Instituts* (3, XX, § 5), appliquant la règle qui prohibe en matière d'*adpromissio* la *durior causa*.

(2) Cette solution dérive de ce que le rapprochement du terme était possible en dépit du principe qui exigeait l'identité dans l'objet de la dette; car rapprocher le terme, c'est aggraver la dette quant au temps : « *Non solum in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur.* » (Voir : Paul, loi 4, Dig., *Hoc tit.*)

CHAPITRE II

Conditions nécessaires à la formation et à la validité du « *Constitutum alieni debiti.* » Modalités dont il peut être affecté.

On se souvient que dans l'Introduction les conditions nécessaires à la formation et à la validité du constitut ont été divisées en trois groupes : un premier groupe comprenait les conditions générales exigées de toutes espèces de contrats, quels qu'ils fussent ; un second se composait des conditions générales applicables à tout constitut, quelle qu'en fut la forme ; un troisième enfin était relatif aux conditions spéciales requises pour les différents rôles que ce pacte était appelé à jouer.

A ce troisième groupe se rattachera l'étude toute spéciale qui fait l'objet de ce chapitre, c'est-à-dire que nous nous demanderons ce qu'il fallait au constitut pour servir soit d'*expromissio mutato debitore* soit d'*adpromissio*. Toutefois il ne sera pas inutile de jeter un coup d'œil rapide sur les deux premiers groupes, en ce qu'ils pourraient avoir de particulier à noter relativement *au constitutum alieni debiti*.

§ I. — Conditions nécessaires à tout contrat.

Elles s'appliquent évidemment à notre espèce, qu'il y ait *expromissio* ou *adpromissio*. Les mêmes nullités qui sanctionnent soit un défaut absolu ou un vice du consentement (erreur, dol, violence), soit l'incapacité des parties contractantes dérivant de l'absence de la personnalité juridique ou de l'âge (1) ou de l'état mental, voire même du sexe, soit de ce que l'objet est impossible ou illicite ou indéterminé ou n'a pas d'intérêt pour le créancier (2) ou n'est pas le fait personnel du débiteur (3), pourront être invoquées. On comprendra que, ces notions étant connues, nous sortirions de notre rôle en voulant préciser davantage.

§ II. — Conditions exigées de tout constitut.

Elles ont déjà été étudiées dans l'Introduction. Nous ne ferons ici que les rappeler brièvement. C'est d'abord la nécessité d'une dette préexistante, quelle qu'en soit la source, avec quelque caractère qu'elle se présente (4). — Puis il faut noter la fixation d'un terme pour le paiement, avec les adoucissements apportés peu à peu à la rigueur de cette exigence (5). — N'oublions pas toutefois que le constitut, étant un pacte, c'est-à-dire l'accord non formaliste des volontés, est soumis quant à son interprétation à l'intention des parties contractantes. Ceci nous explique pourquoi, en dépit

(1) Loi 1, § 2, Dig., *Hoc tit.*

(2) Loi 5, § 5, Dig., *Hoc tit.*

(3) Loi 5, § 4, Dig., *Hoc tit.*

(4) Loi 1, § 6, 7 et 8, 19, §§ 2, 21, pr., 23, 25, § 1, 29, Dig., *Hoc tit.*

(5) Loi 21, § 1, Dig., *Hoc tit.*

de l'existence d'une obligation antérieure, une stipulation viciée, *inutilis* dit Ulpien, quoique renfermant l'accord de deux volontés, ne peut valoir comme constitut, les parties n'ayant pas eu l'intention de le faire (1). Quant à l'époque où l'obligation antérieure devait subsister pour valider un constitut, c'était le moment même du constitut, quel que fut le sort réservé dans la suite à cette obligation, le constitut demeurerait : ce qui fournissait un moyen facile d'empêcher une prescription (2).

§ III. — Conditions nécessaires au « *Constitutum alieni debiti.* »

Pour examiner ces conditions il faudra en réalité reprendre une à une certaines conditions générales de tout contrat et de tout constitut et signaler les particularités qui donnent à notre institution son caractère spécial. Cette étude portera sur quatre points principaux : 1° l'obligation préexistante, 2° l'objet, 3° le consentement, 4° la capacité.

I. — OBLIGATION PRÉEXISTANTE. — Elle était de toute nécessité qu'il s'agit de *delegatio* ou d'*adpromissio*. Même au cas où l'obligation primitive aurait été entachée de nullité, l'un ou l'autre des deux constituts ci-dessus indiqués était possible, pourvu toutefois que l'intention du constituant eut été de garantir le créancier contre les risques d'une annulation possible ; car si son idée avait été de se porter garant de la solvabilité du débiteur de la première obligation, il serait en droit d'opposer lui-même la nullité ; et le bon sens et

(1) Ulpien, Loi 1, § 4, Dig., *Hoc tit.*

(2) Loi 18, § 1, Dig., *Hoc tit.*

l'équité nous disent qu'en l'absence de manifestation formelle d'une volonté contraire, c'était cette dernière intention qu'on devait présumer (1). Remarquons que ce constitut est possible, et tel est le sens dans lequel il faut entendre ce que nous venons de dire, même au cas où le vice ne laisse pas subsister d'obligation naturelle après l'annulation; ce sera un moyen de renoncer aux exceptions opposables à l'action du créancier, toutes les fois du moins que cette renonciation pouvait se produire valablement; ex. : exceptions de dol ou *quod metus causa*, pacte de *non petendo*, prescription, absorption inique.

II. — OBJET. — Relativement à cette seconde condition que nous connaissons déjà un peu, on sait que le constitut a suivi les mêmes variations que la *pecunia certa credita*. Interprétant d'abord strictement les termes de l'Edit, les premiers jurisconsultes romains n'admirent dans les deux cas que la dette de somme d'argent (2). Mais on fut frappé de la grande analogie qui existait entre le constitut et un paiement effectué en espèces; quand le créancier, au terme fixé dans la première obligation, consentait à ce qu'au lieu d'un paiement effectif le débiteur s'engageât à payer cette dette à terme, en réalité acceptait un constitut, il était naturel de supposer qu'il considérait ce constitut comme une satisfaction suffisante. Aussi dès que dans le droit romain les progrès firent admettre la *datio in solutum*, c'est-à-dire la possibilité de payer *rem pro*

(1) Ulpien, Loi 13, pr., Dig., *De minoribus*, IV, 4.

(2) Rappelons en passant que Justinien avait défendu de garantir par une fidéjussion ou un *mandatum pecuniæ credendæ* l'obligation du mari de restituer la dot (L. 2, Code, *ne fidejussores vel mandatores dotium dentur*, V, 20). Il est très probable que cette constitution devait aussi s'appliquer au constitut.

re, appliqua-t-on la même idée au constitut (1). On put dès lors changer l'objet de l'obligation primitive. — Ce progrès constitua une différence profonde entre le constitut-cautionnement d'une part et la fidejussio et le *mandatum pecuniæ credendæ* d'autre part. « *In aliam rem, quam quæ credita est, fidejussor obligari non potest,* » dit la loi 42 de Javolenus (Dig. de *fidejussoribus et mandatoribus*, XLVI, 1). Quant au *mandator pecuniæ credendæ*, son obligation consistant à indemniser le créancier de toutes les pertes que l'exécution du mandat à lui donné aura pu entraîner après les poursuites dirigées contre le débiteur principal, il est impossible de fixer *à priori* l'objet de cette obligation. — Relativement au progrès qui consista à étendre l'objet du constitut aux choses fongibles, il est difficile d'admettre que la législation soit restée stationnaire jusqu'à l'époque de Justinien, comme semble l'indiquer la seconde phrase de la loi 2, au Code, à notre titre. D'abord cette opinion paraît être en contradiction avec la possibilité du changement d'objet. Puis bien des textes du Digeste supposent que tout objet

(1) Les points de ressemblance entre le constitut et le paiement sont nombreux : 1° tous deux nécessitent l'existence d'une obligation antérieure ; 2° l'erreur est un cas de nullité pour tous les deux (L. 1, § 4, Dig., *Hoc tit.*) ; 3° tous deux sont possibles de la part d'une tierce personne malgré le débiteur (L. 27, Dig., *Hoc tit.*) ; 4° tous deux peuvent être faits au créancier ou à son mandataire ; toutefois l'*adjectus solutionis gratiâ* peut recevoir paiement et non faire un constitut ; 5° le paiement et le constitut faits à l'un des créanciers *correi* éteignent le droit des autres, si toutefois pour le constitut telle a été l'intention des parties (L. 10, Dig., *Hoc tit.*) ; 6° au cas de dette à terme tous deux peuvent être faits avant l'échéance ; 7° enfin le changement d'objet est possible pour l'un et pour l'autre. Les différences sont : 1° que le terme essentiel au constitut ne se conçoit pas pour le paiement ; 2° la prohibition du Velleien s'applique au constitut et non au paiement (L. 1, § 1, Dig., *Hoc tit.*) ; 3° le paiement éteint la dette *ipso jure* et le constitut, comme nous le verrons, *exceptionis ope*. Voir : M. Demangeat, *Cours de droit romain*, 2^e édition, p. 541.

put à une époque relativement ancienne figurer dans un constitut. La loi 12 de Paul (*hoc tit.*) parle d'un constitut de *dix* et de *Stichus* et n'annule la promesse de l'esclave que pour infraction à la règle qui prohibe la *durior causa*. Si les choses non fongibles n'avaient pas pu faire l'objet d'un constitut, son exemple eut été bien mal choisi. Ulpien dans la loi 14 dit qu'on peut promettre par constitut un fait à accomplir, *se pignus daturum*. — Toutes ces solutions ont été également appliquées à notre constitut spécial.

Mais elles étaient tempérées dans leur application par une règle qui est commune au constitut et à la fidéjussion : nous voulons parler de la prohibition de la *causa durior*. Il fallait pour la fidéjussion l'identité absolue d'objet, pour le constitut-cautionnement l'équivalent de l'objet de l'obligation primitive principale ; et encore les infractions à la première règle pour la fidéjussion et à la seconde pour le constitut avaient-elles une sanction bien différente, sans compter que la défense de cautionner *in durio rem causam*, même comprise comme nous venons de le dire, comportait en matière de constitut des tempéraments inconnus à la fidéjussion. — Pour ce dernier mode de cautionnement la sanction se ressentait des rigueurs du vieux droit quiritaire : si l'objet de la fidéjussion dépassait celui de l'obligation principale, ce qui pouvait arriver dans les mêmes cas où la *pluspetitio* faisait perdre au demandeur son action (1), la nullité de toute l'opération en était la conséquence (lois 16, §§ 1 et 2, 70 pr., 8, §§ 8 à 11, Dig., *de fidej. et mand.*, XLVI, 1). — Pour le constitut, au contraire, et cela tenait à son titre de pacte devant s'interpréter de bonne foi,

(1) « *Plus autem quatuor modis petitur : re, tempore, loco, causâ.* » Gaius, *Com.*, IV, § 53 ; *Instituts*, 4, VI, § 33, 2^e phrase.

il y avait lieu à réduction (1). Cette opinion, qui était partagée par Accurse, est contredite par d'autres commentateurs. Ces derniers font remarquer que les deux textes ci-dessus cités (note 1) ne s'appliquent en réalité qu'au constitut fait entre les mêmes parties ; s'il s'agit d'un constitut dans lequel les parties sont changées, il faudrait, disent-ils, appliquer la règle aussi générale que possible de la loi 8, § 7 (Dig., XLVI, 1) : « *Illud commune est in UNIVERSIS, qui pro aliis obligantur : quod si fuerint in duriores causam adhibiti, placuit eos OMNINO NON obligari.* » On connaît la grande controverse que les mots *omnino non* ont fait naître. Une discussion sur ces mots serait ici mal placée et sans intérêt pour nous. Car le système qui admet la transposition de mots (*non omnino* au lieu de *omnino non*) est en contradiction complète avec les auteurs que nous combattons en ce moment. Quant à celui que nous partageons, et qui garde à ces mots la place et le sens qu'ils ont, il est confirmé pour la fidéjussion par d'autres textes (Gaius, Com. III, § 113. Instituts, 3, XX, § 5). Mais ce texte lui-même est invoqué contre la réductibilité du constitut sous ce prétexte qu'il est absolument général « *in universis*, » On corrobore cet argument par cette remarque, que nous avons déjà faite nous-même, que le constitut se rapproche plus du contrat de droit strict que du contrat de bonne foi. — Nous maintenons que le constitut consenti *in duriores causam* est toujours réductible. D'abord, les règles furent les mêmes pour toutes les formes du constitut ; et bien que les lois 11, §§ 1 et 12 ne prévoient que des cas de constituts faits entre les mêmes parties, elles n'en doivent pas moins être

(1) M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n° 563. Lois 11, § 1, d'Ulpien, et 12 de Paul, Dig., *Hoc tit.*

étendues à toutes les autres hypothèses. Quant aux mots *in universis* de la loi 8, *de fidej.*, ils ne s'appliquent qu'aux *adpromissores*, c'est-à-dire à ceux dont l'obligation est une pure adhésion à celle du débiteur principal, et non au constituant dont l'obligation est distincte et peut survivre à l'extinction de la dette principale (1).

Un troisième texte milite en notre faveur : c'est la loi 19, pr. au Digeste, à notre titre, de Paul. Justinien dans le *principium* de sa Constitution 2 (Code. IV, 18) prétend qu'en droit classique on avait controversé le point de savoir si une dette conditionnelle ou à terme pouvait valablement faire l'objet d'un constitut. Or, dans la loi 19 Paul lui donne le démenti le plus formel : la possibilité d'un constitut dans les conditions ci-dessus spécifiées n'a jamais été mise en doute ; mais ce constitut était réductible comme fait *in duriores causam*, au cas où la dette primitive était conditionnelle ; on déclarait alors le constitut affecté de la même condition (2).

Toutefois relativement à la règle que nous étudions il semble y avoir contradiction entre deux textes du Digeste dans l'hypothèse d'intérêts ajoutés

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 475.

(2) Cujas a émis en cette matière une solution des plus fantaisistes. Pour lui il y aurait toujours réductibilité même pour la fidejussion. Voici comment il s'exprime dans ses annotations sur les lois 10 et 13, à notre titre : « *Qui putant nimis aspere fidejussorem nullo modo obligari, suæ opinionis firmandæ non habent, nisi hæc verba d. legis Græce § illud, IN MAJOREM SUMMAM ADHIBITUM FIDEJUSOREM OMNINO NON OBLIGARI. Quæ tamen verba sunt ambigua : Nam et hanc interpretationem recipiunt, NULO MODO OBLIGARI, et hanc, NON IN TOTUM OBLIGARI, id est, in id tantum, quod debitam quantitatem excurrit, non obligari, quod Alcius docuit. In ambigua autem oratione, melius est humaniorem interpretationem sequi.* » (Jacobi Cujacii jurisconsulti in librum XXIX Pauli ad Edictum Recitationes solemnes.)

par le constitut à la somme principale. De ces deux textes, qui visent précisément l'un et l'autre un cas de *constitutum alieni debiti*, l'un de Marcellus et formant la loi 24 à notre titre est ainsi conçu : « *Titius Seio epistolam emisit in hæc verba : Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Maii probos: quod si ad diem superscriptum non dederò, tunc dare debebo usuras tot. Quæro an Lucius Titius in locum pupillorum hæc cautione reus successerit? Marcellus respondit, si intercessisset stipulatio, successisse. Item quæro, an, si non successisset, de constitutâ teneatur? Marcellus respondit, IN SORTEM teneri: est enim humanior et utilior ista interpretatio* » Au contraire la loi 26 de Scævola s'exprime ainsi : « *Quidam ad creditorem litteras ejusmodi fecit : Decem, quæ Lucius Titius ex arcâ tuâ mihi tuo acceperat, salvâ ratione usurarum habes penes me, Domine. Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, actione de constitutâ pecuniâ eum teneri.* » — Cette contradiction n'est qu'apparente; car Marcellus ne réduit le constitut, en écartant l'obligation aux intérêts, que parce que ces intérêts n'étaient pas dûs en vertu de l'obligation préexistante; tandis que Scævola se prononce sur des intérêts qui étaient dûs.

Ajoutons que, indépendamment de la différence importante consistant en ce que l'identité d'objet exigée de la fidéjussion ne le fut pas toujours du constitut de la dette d'autrui, une autre différence tenait encore à ce que la prohibition de la *durior causa* comportait en notre matière des tempéraments que la fidéjussion se refusait à admettre. Ainsi nous avons déjà constaté qu'on pouvait par constitut rap-

procher le terme (1), ce qui rendait possible la poursuite contre la caution bien avant l'échéance de la dette principale. La modification de l'objet de la prestation pouvait et devait bien probablement amener quelquefois une aggravation, si peu sensible qu'elle fut, de la dette primitive (2). Le constitut-délégation par lui-même était nécessairement ou une diminution ou une augmentation de l'obligation antérieure : car la substitution d'un débiteur à un autre changeait les conditions d'exercice de l'action du créancier dont la garantie variait nécessairement avec le plus ou moins de solvabilité du nouvel engagé comparé à l'ancien. Le changement du lieu du paiement peut aussi être la source d'une *causa durior* (lois 5. pr., et 16, § 1, Dig., *hoc tit.*) Enfin la possibilité de faire disparaître par constitut un *adjectus solutionis gratiâ* rendait forcément plus grave la situation du nouveau débiteur privé d'une faculté souvent fort appréciable (3).

Pour être complet nous devons ajouter que l'objet du constitut pouvait consister en un mode de satisfaction tout autre qu'un paiement, tel qu'un gage à donner (l. 14, § 1, la promesse de l'intervention d'un tiers comme caution, à condition de promettre son fait personnel et de désigner ce tiers (4), etc. Une

(1) Loi 4, Dig., *Hoc tit.*

(2) Un exemple frappant d'aggravation par changement d'objet est le cas d'une obligation antérieure portant sur un esclave et d'un constitut le remplaçant par une somme d'argent ; car le débiteur peut être libéré par la perte fortuite de l'esclave, tandis que la somme restera toujours due.

(3) Toutefois ce n'est pas l'opinion de Cujas qui restreint cette solution de la loi 8, à notre titre, au cas de *constitutum proprii debiti*.

(4) Au cas de refus du tiers désigné, le constituant doit payer *id quod interest* ou fournir une autre caution également solvable (L. 14, § 2, Dig. *Hoc tit.*)

remarque curieuse à faire, c'est qu'au cas de promesse par constitut du fait d'autrui, malgré l'interprétation large qu'aurait dû autoriser un pacte prétorien, par un reste de formalisme on ne sous entendait même pas la clause de porte-fort (1).

III. — CONSENTEMENT. — Le constitut de la dette d'autrui, à la différence de l'*adpromissio*, mais ressemblant en cela au *mandatum pecuniæ credendæ*, se forme *solo consensu*. Cela est tout naturel puisque nous sommes en présence d'un pacte prétorien. Il n'y a donc pas de formes solennelles ; la présence elle-même des parties n'est pas exigée, le pacte pouvant prendre naissance par l'intermédiaire d'un *nuntius* ou par lettre. Il est même à remarquer que presque tous les cas de *constitutum debiti alieni* cités par les textes des jurisconsultes ou dans les ouvrages littéraires sont rapportés comme résultant de lettres. Les deux lettres de Cicéron à Atticus, que nous avons reproduites plus haut, en offrent le plus ancien exemple. Presque tous les textes du Digeste, à notre titre, qui traitent du constitut-cautionnement ou du constitut-délégation, sont formulés de cette manière (2). L'exemple le plus frappant, parce qu'il n'émane pas d'un jurisconsulte, se trouve dans une épître de saint Paul à Philémon (3). Un des esclaves de celui-ci, appelé Onésime, s'était enfui à Rome après avoir volé son maître. Converti par saint Paul, il retourne chez son maître avec une lettre de l'apôtre qui, pour lui éviter le supplice réservé aux esclaves en fuite, sollicite la clé-

(1) Loi 5, § 4, Dig., *Hoc tit.*

(2) L. 5, § 3, pour un cas de délégation, et L. 24 et 26 pour des cas de cautionnement.

(3) *Epistola beati Pauli apostoli ad Philæmonem*, versets 17 à 19.

mence de Philémon et lui promet par constitut de payer tout le dommage causé : « *Si ergo habes me socium*, dit saint Paul, *suscipe illum sicut me. Quà re te læsit, aut quod tibi debet, mihi imputato. Ego Paulus scripsi meà manu, ego reddam.* » Quoiqu'aucun terme ne soit indiqué, il y a bien constitut ; on sait que la pratique y suppléait en sousentendant un délai de dix jours (1). L'absence de formes solennelles ressort encore nettement d'un passage d'auteur littéraire. Dans une comédie de Plaute (2) un certain *Tranio* persuade à *Theuropides* que son fils a, avec l'argent emprunté à *Danista* l'usurier, fait l'acquisition d'une maison ; et *Theuropides*, enchanté de la conduite de son fils, s'engage par constitut à payer à l'usurier la dette de son fils et fixe le terme au lendemain :

TRANIO.

*Quatuor quadriginta illi debentur minæ
Et sors et fœnus.*

DANISTA.

Tantum est ; nihilo plus peto.

TRANIO.

Velim quidem hercle ut uno nummo plus petas (2).

THEUROPIDES.

Petito cras.

DANISTA.

Abeo. Sat habeo, si cras fero.

THEUROPIDES.

Adolescens ; mecum rem habe.

DANISTA.

Nempe abs te petam.

(1) Loi 21, § 1, Dig., *Hoc tit.*

(2) Plaute, *Mostellaria*, acte V, scène 2, vers 25 à 29.

(3) *Tranio* serait enchanté que l'usurier, en augmentant le taux de la somme prêtée par *mutuum*, encourût la déchéance résultant de la *pluspetitio*.

Toutefois si le constitut n'exigeait pas de forme solennelle pour l'expression de la volonté des contractants, cette volonté devait être sérieuse et non *jocandi causa* et avoir pour but la formation d'un pacte soit en qualité de cautionnement soit en qualité d'*expromissio*. Quant à ce qui concerne les parties qui avaient figuré dans l'obligation préexistante, la question de savoir si leur consentement était ou non nécessaire à la formation du pacte demande quelques explications. En principe le consentement du débiteur primitif n'est pas exigé : c'est un point d'analogie avec les autres formes de cautionnement. L'opposition même de ce débiteur ne saurait priver le créancier de l'action du constitut (1) ; un créancier peut toujours augmenter ses garanties, toutes les fois que la situation du débiteur n'en est pas modifiée dans un sens qui lui serait plus défavorable. Mais s'il s'agit d'un cas d'*expromissio*, le consentement de l'ancien débiteur doit autant que possible être exigé, parce que du moment où il y a dans l'intention des parties changement définitif du sujet passif et non adjonction d'un nouvel obligé à l'ancien, il faut que celui-ci ait figuré au constitut afin de bénéficier d'un pacte *de non petendo* intervenant par suite de la *delegatio* entre lui et son créancier, pacte qui lui permettra de repousser toute poursuite par une exception.

M. Revillout critique cette dernière solution mais malheureusement n'explique pas comment le débiteur primitif pouvait au cas de changement de débiteur se soustraire aux poursuites du créancier (2). Il fait d'abord observer, et avec justesse, que le consentement du débiteur primitif n'est jamais exigé pour

(1) Loi 27. Dig., *Hoc tit.*

(2) *Les obligations en droit égyptien*, 8^e leçon : p. 183 et suiv.

que le constitut soit valable ; et il en donne comme exemple ce fait qu'on peut constituer la dette d'un captif, celle qui fait partie d'une hérédité jacente. « Comment d'ailleurs, dit-il, aurait-on songé à exiger pour le pacte de constitut fait par un tiers et qui jusqu'au paiement n'influaient en rien sur la situation du débiteur, une autorisation de lui qu'on n'exigeait même pas pour une stipulation faite dans le but de novver sa dette et effectivement le novant. Ulpien nous le dit formellement : la novation pouvait s'opérer par changement de débiteur, sans que le premier intervint, quand le créancier avait accepté cette substitution de personne et s'était fait promettre par un tiers ce qui lui était dû par quelqu'un. » C'est là, nous l'avons dit, une critique sans fondement ; car pour qu'il y eût *expromissio*, il était nécessaire que le débiteur primitif fut à l'abri de toutes poursuites au moins grâce à une exception qu'il ne pouvait trouver qu'en intervenant dans le constitut.

IV. — CAPACITÉ. — Cette condition doit s'examiner relativement aux deux sujets qui figurent dans un *constitutum debiti alieni*, le sujet actif c'est-à-dire le créancier et le sujet passif, le nouveau débiteur.

Qui peut jouer le rôle de créancier dans un *constitutum debiti alieni* ? Ou plutôt, car la question ne peut se poser que de cette manière, le créancier de la première obligation peut-il être représenté dans un pareil constitut ? Distinguons entre le cas de changement du débiteur et celui de l'adjonction d'un nouveau débiteur à l'ancien. Pour ce dernier cas il ne peut guère s'élever de difficulté. L'hypothèse la plus fréquente est celle où le constitut est fait à l'ancien créancier en personne, pourvu qu'il ait à ce moment la capacité générale de contracter ; ceci nous permet de rappeler qu'un mineur,

qui peut *sine tutoris auctoritate* rendre sa condition meilleure, pourra incontestablement faire promettre par un tiers qui la garantit une obligation qui existait primitivement à son profit. En dehors du créancier lui-même, et toujours s'il s'agit d'un constitut-cautionnement, celui-ci pourra être fait aux personnes soumises à la puissance du créancier, fils, esclaves, hommes libres *in servitute* (1), à un tiers mandataire du créancier (2), mais non à l'*adjectus solutionis gratiâ* (3). Mais si un tiers se fait constituer la dette d'autrui sans mandat du créancier, il n'y a rien en vertu de la maxime: *nemo suo nomine alteri stipulari potest*. Et cependant cette doctrine, dont le jurisconsulte Paul fait l'application dans la loi 17, § 6. (Dig. *de pactis*, II, 14) au cas d'un possesseur d'hérédité, qui contracte avant la restitution de cette hérédité, est formellement contredite pour la même hypothèse par le même Paul dans la loi 22, à notre titre, où il dénie l'action *constitutæ pecuniæ* au possesseur et l'accorde au fidéicommissaire à qui l'hérédité a été restituée. Toutes les conciliations qui ont été tentées pour mettre ces deux textes d'accord sont fort peu satisfaisantes. Peut-être a-t-on dérogé à la règle formulée plus haut en faveur du constitut à cause de son caractère de bonne foi dérivant de sa qualité de pacte. C'est une supposition sans preuves; mais au moins elle a le modeste mérite de pouvoir être faite sans se heurter

(1) Loi 5, § 10, 6, 7, pr. Dig. *Hoc tit.* Quant aux hommes libres possédés de bonne foi, il faut qu'ils aient acquis la créance *ex re nostrâ* ou *ex operis suis*.

(2) Loi 5, § 6. Dans ce cas l'action appartient au procureur; mais le mandant n'a qu'une action *utilis* contre le constituant, à moins que par l'action *mandati directa* il ne se soit fait céder l'action du Constitut. Exemples d'actions utiles: les représentés l'ont au cas de constitut fait à l'agent des municipes, au tuteur du pupille ou au curateur du *furiosus*. (L. 5, § 9).

(3) Loi 7, § 1. Dig., *Hoc tit.*

à une impossibilité. — Supposons maintenant qu'il s'agisse d'un changement définitif du débiteur, d'une sorte d'*expromissio*. Alors le *constitutum alieni debiti* pourra être fait à tout créancier capable de disposer de sa créance : ce qui exclut le mineur (car ce constitut, en même temps qu'il crée une obligation à son profit, renferme, comme nous le verrons, une renonciation prétorienne à la créance primitive, les deux dettes ne pouvant de bonne foi se cumuler). Il pourra être fait aussi au mandataire du créancier, à ceux qui sont en sa puissance, mais à la condition qu'il ait été fait sur l'ordre du maître.

Qui peut promettre par constitut la dette d'autrui ? A quelque point de vue qu'on examine le constitut de la dette d'autrui, il apparaît comme une des formes nombreuses de l'*intercessio*. Cet acte, dangereux entre tous, parce qu'il ne laisse pas dans l'esprit de l'*intercessor* l'idée d'une diminution effective de son patrimoine et qu'on peut facilement se laisser aller à le pratiquer dans l'espoir que le débiteur en payant lui-même en écartera les conséquences, cet acte, disons-nous, fut soumis à Rome à des restrictions sévères que les circonstances pouvaient tempérer dans des hypothèses que nous aurons l'occasion de parcourir. Suivant en cela la méthode de tous les auteurs, nous nous demanderons seulement quelles sont les personnes que la législation romaine déclarait incapables de faire une *intercessio* et conséquemment un *constitutum alieni debiti*. C'est dire que nous mettons de côté tous les cas où n'existe pas la faculté générale de s'obliger.

En premier lieu n'ont pas la capacité de constituer la dette d'autrui les esclaves, à l'exception toutefois de l'hypothèse où, agissant sur l'ordre de leur maître, ils

font naître au profit du créancier une action *quod jussu* ; l'esclave en effet ne pouvait jamais obliger son maître sans une compensation pour le patrimoine de ce dernier, et un constitut de la dette d'autrui ainsi fait n'aurait pas même engagé le maître *de peculio*, à moins que ce ne fut dans l'intérêt même du pécule (1).

La défense d'*intercedere* s'adressait en second lieu aux femmes en vertu du fameux sénatusconsulte Velleïen (Dig., XVI, 1) (2). Nous n'avons pas à entrer ici dans la discussion des motifs sur lesquels repose cette prohibition. Il nous suffit de constater qu'à Rome la femme, capable de payer la dette d'autrui ou de s'obliger *animo donandi* sans espoir de recours, ne pouvait se charger de la dette ni comme *expromissor* ni comme *adpromissor*, ces mots étant pris dans l'acception la plus large. Cette défense rappelle à l'esprit la loi *Julia* qui prohibait l'hypothèque et autorisait l'aliénation du fonds dotal. La violation de cette règle était sanctionnée par la nullité de l'*intercessio*, ici du constitut, nullité qui ne laisse pas même subsister une obligation naturelle. Quant aux tempéraments que cette prohibition comportait, ils sont au nombre de trois. — 1° La femme peut constituer la dette d'autrui, quand cette intervention a lieu en réalité dans son propre intérêt (3). 2° Elle peut faire un *constitutum alieni debiti* privatif, *animo donandi*, parce qu'elle n'a aucun recours contre le débiteur primitif que son intention a été du reste d'exonérer définitivement ; mais il n'en serait pas de même pour un cau-

(1) Loi 3, § 5 et 6. Dig. *de peculio*. XV. 1. — Lois 19 et 20. Dig. *de fidejussoribus et mandatoribus*. XLVI. 1. — Loi 30, § 1. Dig. *de pactis*. II. 14.

(2) Loi 1, § 1. Dig., *Hoc tit.*

(3) Des cas de ce genre sont énumérés dans les lois 16, 18, 21, 22, 24. Dig. *ad Senatusconsultum Velleianum*. XVI. 1.

tionnement même fait *animo donandi*, car elle a parfaitement pu avoir été poussée à cet acte par l'espoir que le débiteur en payant laissera sans objet son intention généreuse. Ce second tempérament constitue une différence avec la prohibition relative aux esclaves qui ne le comportait pas. 3° Dans certaines hypothèses la qualité du créancier primitif ou de la dette faisaient échec à l'application du sénatus-consulte ; c'étaient l'*intercessio pro dote* ou *pro pria causâ* (1), ou au cas de dol de la part de la femme (2), ou enfin si le créancier était de bonne foi (3). La prohibition du *constitutum alieni debiti* pour les femmes suivit naturellement toutes les vicissitudes de la prohibition générale d'*intercedere*. Il en fut ainsi, quand Justinien déclara que, si la femme a fait son *intercessio* étant majeure de 25 ans et qu'elle la réitère après deux ans, elle ne pourrait plus se prévaloir du sénatus-consulte, du moins si elle déclare avoir reçu quelque chose (4). Enfin on revint à l'ancienne rigueur lorsque la femme intercède pour son mari (5). Rappelons aussi que la fidéjussion, et pour les mêmes motifs tout autre mode de cautionnement, fut au Bas-Empire interdite aux militaires (l. 31, Code, IV, 65) et aux membres du clergé (Nov., 123, ch. 6).

Hors de ces deux prohibitions, la règle générale est que toute personne capable de s'obliger peut, dans la mesure qui est autorisée, s'engager par constitut à payer la dette d'autrui soit par suite d'une délégation

(1) Loi 41. Dig. *de procuratoribus*, III, 3. — Loi 3, § 2 et 3. Dig. *de liberali causâ*. XL, 12.

(2) Loi 2, § 3, *ad Senatusconsultum Velleianum*. XVI, 1. Ceci prouve que la prohibition était due à une idée de protection et non à une idée de méfiance à l'égard de la femme.

(3) Loi 12, Dig. *ad S.-C. Velleianum*.

(4) Constitution 22 et 23. Code *ad S.-C. Velleianum*. IV, 29.

(5) *Novelle* 134, ch. 8.

soit à titre de caution. En conséquence nous déclarerons le *filiusfamiliās* tenu de *peculio* de tout *constitutum alieni debiti* par lui contracté ; mais le pécule ne devait acquitter cette obligation que jusqu'à concurrence de ce qu'il comprenait au jour même du constitut (loi 12. Dig., *hoc tit.*).

Ajoutons pour terminer qu'il était nécessaire que l'intention du constituant fut de constituer la dette d'autrui, toute erreur rendant impossible la formation du pacte (1).

Modalités dont peut être affecté le « Constitutum alieni debiti. »

Les différentes modalités qui peuvent se concevoir pour le constitut sont, en mettant de côté le changement du lieu du paiement de l'obligation primitive (2), le terme, la condition, l'*adjectio solutionis gratiā*, l'alternativité, la solidarité.

DU TERME. — Le terme étant une condition essentielle de tout constitut, il est presque naïf de dire qu'on peut constituer à terme la dette d'autrui qui est pure et simple. Mais que dire du cas inverse ? Un constitut de la dette d'autrui pur et simple peut-il intervenir pour garantir une obligation principale et préexistante à terme ? Nous savons déjà que sur la fin de l'époque classique on tourna la difficulté pour le *constitutum*

(1) Loi 31, Dig., *Hoc tit.*

(2) Nous avons vu que cela était possible, sans entraîner dans le montant de la condamnation une diminution correspondant à la différence de lieux (lois 5, pr., et 16. § 1. Dig., *Hoc tit.*)

proprii debiti en sous-entendant un délai de dix jours (1), et qu'il était possible d'avancer le terme de la première obligation. Mais cette solution ne paraît-elle pas incompatible avec les principes du cautionnement qui défendent de s'engager *in duriores causas*? et on sait que s'obliger à payer dans un délai plus court c'est aggraver sa situation. Pour nous, il n'y a pas de différence à faire entre les deux espèces de constituts; les mêmes règles s'y appliquèrent, et le *constitutum alieni debiti* comme l'autre put être fait à un terme plus rapproché ou même sans terme (auquel cas on donnait 10 jours); car les textes ne permettent pas de distinguer (2). C'est une différence fort remarquable à noter entre notre constitut-cautionnement et la fidéjussion ou le *mandatum pecuniæ credendæ*. Telle est, du moins, l'opinion d'Accurse que Cujas combat: « *Sed nusquam invenies*, dit ce dernier (3), *etiam non obligari fidejussorem, qui pure fidejussit pro eo, qui in diem promisit: obligatur enim, quia et reus principalis obligatus est, et consequenter fidejussor conveniri potest, ne tamen si soluerit, statim pecuniam solutam a debitore repetere potest, antequam dies venerit, aliter quam si mandato aut voluntate ejus soluerit* (l. 31, de fidejussoribus). *Non est cur Accursius hæc in re separet fidejussorem a reo constitutæ pecuniæ.* » On comprendra que nous ne pouvons discuter ici cette question qui regarde non le constitut mais la fidéjussion. Disons seulement que nous ne partageons pas l'opinion de Cujas, et que

(1) Loi 21, § 2, Dig., *Hoc tit.*

(2) Loi 4, Dig., *Hoc tit.*

(3) *Jacobi Cujacii jurisconsulti in librum XXIX Pauli ad Edictum recitationes solennes.* — Notes sur la loi 4 à notre titre.

pour nous le constitut fait exception en cette hypothèse à la règle générale qui défend à tout cautionnement d'être contracté *in duriores causam*. Cependant Hugues Doneau a soutenu qu'il n'y avait pas là exception au principe, et il argumente ainsi pour expliquer que le constituant qui paie avant l'échéance de la dette principale ne puisse bénéficier de la *condictio indebiti*: en réalité il y aurait dans toute obligation deux liens, l'un civil, l'autre naturel; et le constituant qui paierait avant l'échéance de la dette primitive se verrait refuser cette *condictio* précisément à raison de ce lien naturel. Or, il est faux de prétendre que le refus de la *condictio indebiti* soit un *criterium* infaillible pour reconnaître l'obligation naturelle (1); et si cette théorie était vraie, il faudrait admettre pour la fidéjussion la même possibilité de s'engager pour un terme plus rapproché que celui de l'obligation à laquelle elle vient s'ajouter: ce qui est contredit formellement par la loi 16, § 5. (Dig., de *fidejussoribus et mandatoribus*. XLVI, 1)

DE LA CONDITION. — Plusieurs hypothèses sont possibles: — 1° Si la dette principale antérieure est pure et simple, il est de toute évidence qu'un constitut conditionnel sera valable, puisqu'il est contracté *in leviores causam*; du reste la même solution s'applique à la fidéjussion. Et cependant pour le constitut nous avons un texte de Paul qui semble n'accorder au créancier qu'une action *utilis*; en effet, dans la loi 19, § 1, à notre titre, le jurisconsulte met cette solution bizarre dans la bouche de Pomponius: *Sed is qui pure debet, si sub conditione constituat, inquit Pompo-*

(1) On voit des cas où l'exercice de cette *condictio* est impossible et où cependant il n'y a pas d'obligation naturelle. Ex.: loi 1, § 1. Dig., de *condictione indebiti*, XII, 6. — Instituts. De *obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur*, liv. III, tit. XXVIII, § 7.

nus, in hunc utilem actionem esse. Il est à peine besoin de dire que ce texte, quoique statuant sur un exemple de *constitutum proprii debiti*, doit s'entendre de tous les cas de constitut. On en a donné une explication fort satisfaisante en traduisant le mot *utilis* par l'expression *efficace*. On a fait en effet observer avec beaucoup de raison que le mot *utilis* est pris en ce sens dans plusieurs autres textes du droit romain (1); il suffit de s'y reporter pour s'en rendre compte au premier abord. « De plus, ajoute M. Flürer (2), au *principium* de la loi 19, Paul dit que le constitut d'une dette conditionnelle est soumis à la même condition et que, celle-ci venant à défaillir, *utraq̃ue actio deperit*; or, il est naturel que dans le § 1, en parlant d'un constitut valable, il appelle, par opposition, *utilis* l'action qui en résulte. »

2° Si l'obligation principale est conditionnelle, le constitut fait purement et simplement sera valable mais soumis à la même condition (3); dans la même hypothèse un fidéjusseur ne serait pas tenu, comme ayant contrevenu à la prohibition *de la durior causa* (4). — Toutefois, il faut faire remarquer qu'ici Cujas n'est pas de notre avis (5), mais valide la fidéjussion en y ajoutant la condition de l'obligation principale, et cela malgré le texte formel de la loi 8, § 7 *de fidejussoribus*. Mais il s'appuie pour soutenir cette opinion sur la loi 70, § 1, au même titre (*de fidejussoribus*), habituellement

(1) Ex : loi 31. Dig., *de diversis regulis juris antiqui*. L. 17.— Loi 13, § 1. Dig., *ad senatus-consultum Velleianum*, XVI, 1, — Gaius. Com. III, p. 209, et iv. § 144. — Paul. Sent. liv. 5, tit. VI, § 3.

(2) Du pacte de constitut, p. 50 et 51.

(3) Loi 19, pr. Dig., *Hoc tit.*

(4) Loi 8, § 7. Dig., *de fidejussoribus et mandatoribus*. XLVI, 1.

(5) *In librum XXIX Pauli ad Edictum*. Commentaire sur la loi 19, pr. *Hoc tit.*

appelée loi *si a reo* qui valide une fidéjussion faite sous une condition autre que celle de l'obligation principale lorsque c'est la condition de l'obligation principale, qui se réalise la première ; car relativement à la condition de l'obligation principale la fidéjussion peut être considérée comme faite *pure* et cependant elle est valable dans l'hypothèse prévue par loi 70. — Pour nous, nous repoussons cette théorie : la solution donnée par Gaius dans cette loi 70, § 1 n'est que l'expression d'une opinion purement personnelle à ce jurisconsulte, comme l'indiquent du reste ces mots du *principium* du même texte « *quod magis est* » ; cela est absolument évident, le commencement du texte donnant formellement l'opinion contraire qui devait être celle de la loi et de son interprétation générale.

3° La dette principale étant conditionnelle, le constitut pourra incontestablement être soumis à la même condition et conjonctivement à une seconde condition différente. Si l'obligation primitive et le constitut sont soumis à une condition différente pour l'un et pour l'autre, le constitut dépendra en réalité de deux conditions, de la sienne propre et aussi de celle de la dette principale. Pour la même hypothèse on avait mis en doute dans le droit classique la validité d'une fidéjussion ; les uns la déclaraient nulle, d'autres la validaient si c'était la condition *commune* (1) qui se réalisait la pre-

(1) Car pour la fidéjussion, comme pour le constitut, et même *a fortiori*, il fallait au moins admettre que la condition de l'obligation principale affectait implicitement l'obligation accessoire. C'était l'opinion de Cujas (Ouvrage cité plus haut. *Commentaire sur les lois 10 et 13* à notre titre). Parlant de la loi 70, de *fidejussoribus*, il s'exprime ainsi : *Cujus sententia hæc est : si quis pro eo, qui promisit sub unâ conditione, puta si navis ex Asiâ venerit, fidejusserit sub eadem et insuper aliâ conditione disjunctim, puta si navis ex Asiâ venerit, aut si Titius consul factus fuerit, hoc casu lex hoc primum est, fidejus-*

mière et l'annulaient comme faite *in durio rem causam* au cas contraire. Les traces de cette controverse se rencontrent dans cette même loi *si a reo* ci-dessus citée, au *principium* ; et pour ce cas nous renouvelons la réflexion déjà faite que la nullité de la fidéjussion dans tous les cas devait être soutenue par l'opinion dominante, et que la solution opposée n'était que timidement mise en avant par Gaius.

« ADJECTIO SOLUTIONIS GRATIA ». — Mettons de suite de côté la pensée d'un *constitutum alieni debiti* fait à un individu voulant jouer le rôle d'*adjectus* à la créance principale ; car un *adjectus* ne peut pas faire un constitut (1). Mais le créancier originaire peut parfaitement, en acceptant la garantie d'un constituant à titre de caution, ajouter que celui-ci pourra payer à un *adjectus*, celui de la première obligation s'il y en avait un, et même à un nouveau s'il n'y en avait pas dans la première obligation. En ce cas le constituant qui paiera à l'*adjectus* sera complètement libéré à l'égard du créancier principal, car n'ayant pas été partie dans la première obligation, il ne saurait rester exposé à l'action de l'obligation précédente, à la différence du constituant *proprii debiti* (2). — Mais qu'arrivera-t-il si, un *adjectus* existant dans l'obligation primitive, le créancier ne dit pas dans le constitut (*alieni debiti*) que la caution pourra se libérer entre les mains de l'*adjectus* ? L'*adjectio* est-elle néanmoins maintenue ? C'est une pure question d'intention : ce qui, en matière de *constitutum proprii debiti*, concilie deux textes **sorem nullo modo teneri aut ut subjicit, se corrigens, quod magis est, id est, quod æquius est, si prior conditio quæ utrique fuit adscripta, communis conditio exstiterit.**

(1) Loi 7, § 1. Dig.. *Hoc tit.*

(2) Il est entendu que pour le constituant *proprii debiti*, si tel est le droit strict, ce droit est tempéré par le bénéfice d'une exception de dol.

paraissant contradictoires, la loi 8 à notre titre et la loi 59, Dig., *de solutionibus*, XLVI, 3.

DE L'ALTERNATIVITÉ. — Le constituant de la dette d'autrui peut ne promettre qu'une seule des choses qui font partie d'une obligation principale alternative; pourvu qu'il n'y ait pas contravention à la prohibition de la *durior causa*. Ainsi si le débiteur principal doit Stichus ou dix, le constituant pourra promettre Stichus seulement, mais non dix, car la perte de Stichus par cas fortuit dégagerait le débiteur principal et laisserait le constituant débiteur de dix, ce qui est impossible. — Supposons maintenant une dette principale alternative au choix du débiteur et le constitut également alternatif mais au choix du créancier; pour tout le monde la fidéjussion en pareil cas serait nulle (1); quant au constitut, quelques auteurs prétendent qu'il serait valable. Nous ne pouvons nous rallier à cette opinion; car il nous est impossible de n'y pas voir une aggravation de la position du constituant relativement à celle du débiteur principal, et l'interprétation large que notre pacte autorise relativement à l'intention des parties ne permet cependant pas de violer à tout propos un des principes fondamentaux de tout cautionnement.

DE LA CORRÉALITÉ. — Peut-il y avoir corréalité entre plusieurs constituants *alieni debiti*? Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que le caractère distinctif de la corréalité réside en ce que la *litis contestatio* faite avec un débiteur corréal libère les autres, tandis que, au cas de simple solidarité, ils ne sont libérés que *solutione*; mais il faut chercher un criterium qui permette de distinguer dans quelles hypothèses il y a corréalité ou solidarité. Pour nous

(1) Loi 8, § 9. Dig., *de fidejussoribus et mandatoribus*. XLVI, 1.

trois opinions sont en présence : l'une fondée sur la distinction des contrats en contrats *stricti juris* (produisant la corréalité) et en contrats *bonæ fidei* (produisant la solidarité); une autre s'en rapportant à l'intention des parties; enfin la troisième déclarant que la corréalité est là où il y a *idem debitum* et la solidarité au cas contraire (1). Quelques auteurs se prononcent pour cette dernière opinion ou bien plus exactement pour les deux dernières qui en réalité n'en font qu'une, puisque c'est l'intention qui produit ou non le *idem debitum*; ils invoquent à l'appui une série de considérations : les expressions *eadem res idem debitum*, sont répétées souvent dans les textes qui s'occupent de la corréalité; la corréalité est active ou passive, la solidarité est toujours passive; presque tous les cas de solidarité procèdent *ex culpa* ou *ex delicto*; car chacun devant rendre compte de sa faute propre, il n'y a véritablement pas *idem debitum*; enfin l'extinction *ex litis contestatione* ne s'imposait que quand la deuxième action avait le même objet que la première. Or la *litis contestatio* faite avec un constituant n'éteindra jamais l'action contre les autres, parce que, disent ces auteurs, l'action *de pecuniâ constitutâ* n'est au fond qu'une action *ex delicto* en dommages et intérêts pour inexécution de promesses; nous, qui n'admettons pas cette idée, nous rectifions et disons, parce que l'extinction *ex litis contestatione* tenait à un formalisme rigoureux incompatible avec l'esprit des réformes prétoriennes, dont devait se ressentir le constitut. Donc pas de corréalité possible pour le constitut; mais l'intention des parties pouvait parfaitement créer la solidarité.

(1) M. Gide. Des conditions de la novation. Revue de législation, 1870, p. 695.

CHAPITRE III

Effets du « *Constitutum alieni debiti* »

Ces effets sont de différentes sortes. Un premier est commun à toutes les espèces de constituts : c'est de donner au créancier une action appelée *constitutoria* ou *de pecuniâ constitutâ*, et cela par une exception remarquable à un principe étroit de la législation romaine : *ex pacto actio non nascitur*.

Nous ne voulons pas revenir ici sur les controverses qui se sont élevées relativement au caractère de cette action ; nous les avons vues dans l'Introduction. Rappelons seulement que pour nous cette action était de sa nature *rei persecutoria* et transmissible. Une seule question nous retiendra un peu plus longtemps, parce qu'elle touche spécialement à notre sujet, c'est celle relative aux cas où l'action *constitutoria* était ou non annale, si du moins on s'en rapporte au texte de Justinien (1). Certains auteurs se sont autorisés d'une comparaison qu'ils ont établie entre les lois 1 et 2, au Code, à notre titre, pour prétendre que les cas où cette action était annale étaient ceux où il y avait *constitutum proprii debiti* et que l'action avait la durée normale des actions non pénales au cas de *constitutum alieni debiti*. Nous ne saurions nier la solution fort

(1) Loi 2, Code. *Hoc tit.*

claire du reste que donne en ces termes la constitution de Gordien (1) : « *Si pro alieno debito te soluturum constituisti : pecuniæ constitutæ actio non solum adversus te, sed etiam adversus heredes tuos perpetuo competit.* » Mais l'argument qu'on veut en tirer, ne l'oublions pas, est un argument à *contrario*, dont la valeur est plus que problématique, s'il n'est pas corroboré par des preuves plus frappantes. Ajoutons que, d'après les principes de l'argumentation, un argument à *contrario* n'a de véritable valeur qu'autant qu'il nous ramène au droit commun ; or il n'est pas vrai de dire que le caractère pénal et intransmissible ait été le droit commun des actions quant à leur nature et à leur durée. On ajoute bien, il est vrai, une considération morale à l'appui de cet argument. Cette différence profonde entre les deux constituts quant au caractère et à la durée de l'action s'expliquerait, dit-on, par cette considération qu'il y a plus de mauvaise foi, à refuser de payer sa propre dette que la dette d'autrui. Nous ne voyons pas là l'explication de jurisconsultes ; et, qu'on nous permette de le dire, si la mauvaise foi mérite d'être traitée plus sévèrement là où elle se manifeste à un plus haut degré, dans l'opinion que nous combattons ce serait tout le contraire qui existerait ; plus la mauvaise foi serait grande, plus courte serait l'action donnée pour la punir. — Quant à répondre à la question de savoir dans quels cas l'action du constitut était annale et dans quels cas elle ne l'était pas, cela nous semble impossible, et il est préférable de déclarer franchement notre ignorance à ce sujet que de nous lancer dans des suppositions auxquelles

(1) Loi 1, Code. *Hoc tit.*

il n'y a aucun motif sérieux de donner la préférence (1).

Nous terminerons ces quelques mots sur l'action du constitut, en disant que pour le *constitutum alieni debiti* comme pour l'autre existait la sanction énergique de la *sponsio dimidiæ partis*; nous tirons cette idée de l'interprétation générale à donner aux textes, à notre titre, qui s'appliquent indistinctement, et de ce fait qu'aucun d'eux ne vient la contredire en ce qui concerne le constitut de la dette d'autrui. — L'action *constitutoria* était primitivement possible dans toute sa rigueur dès que le jour fixé pour le paiement était écoulé, et il n'était besoin d'aucun acte judiciaire ou extrajudiciaire pour mettre le constituant *in morâ* (2). Mais les progrès de la jurisprudence apportèrent quelques tempéraments à cette règle rigoureuse: si le débiteur vient à payer en retard et que le créancier n'ait aucun motif pour refuser cette exécution tardive, le prêteur accorda une exception au constituant pour repousser l'action du créancier (3).

A part la création d'une action spéciale, les effets du *constitutum alieni debiti* peuvent être examinés à un triple point de vue: 1° dans les rapports du créancier avec le débiteur primitif; 2° dans les rapports du même créancier avec le constituant; 3° dans les rapports du constituant et du débiteur primitif.

(1) M. Accarias se demande si ces hypothèses exceptionnelles, où l'action *de pecuniâ constitutâ* était annale, ne seraient pas celles où le Constitut intervenait sur une obligation temporaire ou simplement naturelle (*Précis de Droit romain*, 2^e édit., T. II, n° 721).

(2) Loi 16, § 4. Dig., *Hoc tit.*

(3) Paul. Loi 17. Dig., *Hoc tit.*

I. — EFFETS DANS LES RAPPORTS DU CRÉANCIER
AVEC LE DÉBITEUR PRIMITIF.

Nous savons que dans l'intention des parties le constitut de la dette d'autrui peut jouer deux rôles : celui de constitut-délégation ou celui de constitut-cautionnement, rôles analogues aux deux institutions romaines qui portent les noms d'*expromissio* et d'*adpromissio*.

1°. — Dans le cas de constitut-délégation, l'intention des parties qui ont figuré était d'exonérer définitivement le débiteur primitif de toute obligation à l'égard de son créancier, c'est-à-dire d'enlever à celui-ci toute action ; or cette intention pouvait-elle, dans la législation romaine comme dans la nôtre, recevoir son plein et entier effet ; ou, pour parler un langage plus juridique, le constitut opérerait-il novation ? Il faut constater à cet égard une grande divergence entre les auteurs.

Suivant certains auteurs (1) le constitut est toujours un pacte accessoire, laissant subsister l'obligation pri-

(1) Pothier (*Pand. Just. de constitutâ pecuniâ*, 22). — Du Caurroy. *Instituts expliquées*, 6^e édit. p. 338, n° 1212. — A ces auteurs nous pouvons ajouter M. Demangeat (*Des obligations solidaires* p. 85) qui, s'il admet la novation *exceptionis ope* pour le *constitutum proprii debiti*, la repousse, même *exceptionis ope*, pour notre *constitutum alieni debiti*. — M. Ortolan ne disant pas un mot d'une exception qui pourrait appartenir dans notre hypothèse au débiteur primitif semble aussi se rallier à cette opinion. « Disons d'abord, dit-il, que cette promesse par simple pacte de payer la dette préexistante ne changeait rien à l'existence de cette dette ; elle ne formait pas une nouvelle obligation éteignant la première et s'y substituant ; mais c'était une obligation nouvelle et concomitante, qui laissait subsister la première telle quelle. Seulement le paiement devait éteindre les deux à la fois : *solutio ad utramque obligationem proficit*. (*Explication historique des Instituts*. T. III, p. 343, 11^e édition).

mitive parallèlement à celle du constitut et n'éteignant pas même *exceptionis ope* l'obligation principale. Ils s'appuient particulièrement sur cette idée que le débiteur primitif, obligé par un contrat du droit civil, ne saurait en aucune manière être à l'abri d'une poursuite, le constitut n'étant pas classé parmi les causes d'extinction des obligations du droit civil, et une exception prétorienne quelconque ne pouvant pas être invoquée par un individu qui n'a pas figuré au constitut. Ils citent en leur faveur la loi 28. (Dig., *hoc tit*) de Gaius : « *Ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet.* » De même : la loi 15 Dig., *de in rem verso*. XV. 3.

Ce premier système ne tient pas debout. Sans doute la première obligation n'est pas éteinte *ipso jure* ; et c'est là le sens qu'il faudrait prêter aux deux lois qui viennent d'être citées, à supposer même, ce qui n'est pas absolument démontré, qu'elles ne s'appliquassent pas à l'hypothèse d'un constitut-cautionnement. Mais peut-on croire que, lorsque la volonté des parties aura été de substituer une obligation à une précédente, elle n'eut pas pu produire un effet ? N'oublions pas que nous sommes ici en plein droit prétorien, c'est-à-dire en présence d'un droit qui fait respecter l'équité, que le constitut a été établi essentiellement *ne liceat fidem frangere*. Que de textes ne sont pas à l'appui de cette solution ? A quoi serviraient alors ces lois qui déclarent qu'on peut changer la nature de la prestation, la date, le lieu du paiement, et ajoutons, la personne du débiteur ? Marcellus dans la loi 24 à notre titre ne déclare-t-il pas que, si un tuteur fait un billet pour payer un prêt fait à son pupille, ce tuteur *succedit in locum pupilli* ? Il ne faut donc pas hésiter à déclarer qu'il y a au moins novation prétorienne, c'est-à-dire que le

préteur au moyen d'une exception arrêtera le cours d'une action intentée au mépris de l'intention clairement manifestée par le créancier.

Ce système écarté, faut-il aller jusqu'à dire, comme semble l'insinuer M. Accarias, que le constitut doit être rangé parmi les modes d'extinction des obligations « que les Romains ont l'habitude de comparer au paiement pour en déterminer les effets »? Nous n'osons pas affirmer que telle ait été la véritable pensée du savant auteur; mais il faut avouer que la place qu'il donne au constitut prête à une équivoque évidente, quand il dit que « ces modes (d'extinction des obligations) sont l'acceptilation, la novation, le serment extrajudiciaire et le *pacte de constitut*. » Si M. Accarias avait eu cette idée, ce que nous ne croyons pas, ce serait par milliers que nous pourrions citer les textes qui établissent la différence entre le paiement, l'acceptilation et la novation éteignant *ipso jure* l'obligation, et le constitut qui en principe la laisse subsister. — Toutefois M. de Savigny prétend que le constitut opérerait novation, ou tout au moins que sur cette question il y avait divergence entre les jurisconsultes. Il croit en trouver la preuve dans la loi 18, § 3, à notre titre; on s'est demandé, dit M. de Savigny, si l'action de l'obligation primitive est éteinte par l'exercice de l'action *constitutoria*; on a dû aussi nécessairement se poser la question de savoir si le constitut n'opérait pas novation, et la même divergence a existé sur ces deux questions. On a répondu fort judicieusement que, si le constitut pouvait opérer novation, la question de la loi 18 ne se poserait même pas; tout ce que se demande ce texte, c'est si l'action du constitut a le même objet que l'action primitive.

Dans un troisième système, ou, pour mieux dire

dans un troisième groupe de systèmes, on se rallie à cette opinion générale que le constitut n'opère qu'une novation prétorienne, c'est-à-dire n'est extinctif de l'obligation première que *exceptionis ope*. Mais des divergences se produisent et quant à l'interprétation à donner à la volonté des parties au cas de silence et quant au procédé mis à la disposition de l'ancien débiteur pour repousser l'attaque de son créancier. — M. Flürer (1) a créé une théorie toute spéciale. Il part de cette idée fort juste que le constitut n'a pas par lui-même d'effet extinctif; mais, dit-il, « souvent le constitut contiendra un pacte de *non petendo* tacite qui éteindra la première action *exceptionis ope*. » Pour lui jamais l'exception *constitutæ pecuniæ* n'aurait existé; en ce sens, il se rapprocherait du premier système dont il tempère la rigueur par l'admission d'un pacte de *non petendo* coexistant et produisant un effet que le constitut par lui-même aurait été absolument impuissant à produire. — Ce système paraît fort ingénieux, mais il se heurte, relativement à l'hypothèse d'*expromissio* que nous examinons en ce moment à un obstacle infranchissable : comment l'ancien débiteur pourra-t-il opposer une exception tirée d'un pacte où il a pu ne pas figurer, même de ce pacte de *non petendo* accompagnant implicitement le pacte de constitut? — M. Machelard (2) dit qu'il est contraire aux principes du droit romain de laisser l'ancien débiteur user d'une exception tirée d'un pacte auquel il est étranger, que ce soit d'un pacte de *non petendo* ou du pacte de constitut, peu importe; mais il prétend qu'on devait accorder l'exception de dol et il invoque

(1) *Du pacte de Constitut*, p. 74.

(2) *Traité des obligations naturelles*.

à l'appui la loi 10, § 2, d'Ulpien (Dig., *de pactis*, 11, 14).

D'abord cette solution est incontestable dans l'hypothèse, qui sera de beaucoup la plus fréquente, où le constitut, sorte d'*expromissio*, interviendra à la suite d'une délégation. Le texte de la loi 10 d'Ulpien est formel à cet égard : « *Plerumque solemus dicere, doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis. Quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros, et Julianus scribit, et alii plerique consentiunt : utputa, si procurator meus paciscatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatius videtur.* » De plus les lois 25, §§ 2 et 26. Dig., *de pactis*, donnent cette exception au débiteur principal, au cas d'une convention faite avec le créancier par un fidéjusseur pour mettre ce débiteur à l'abri de toute poursuite. Or, la loi 10, § 2 exige que le fidéjusseur agisse comme *procurator* du débiteur, et les lois 25 et 26 ne l'exigent pas : il faut donc en conclure que pour tous les cas d'*expromissiones* par constitut, même pour celui d'un constituant sans aucun mandat du débiteur primitif, l'exception de dol existera.

M. Bodin, doyen de la Faculté de Droit de Rennes (1) a émis sur cette question des effets du pacte de constitut une théorie générale. Tout dépend de la volonté des parties, qui fait la loi en matière de conventions et surtout d'institutions prétoriennes comme le constitut, toutes les fois qu'elle n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. La seule difficulté consiste à se prononcer, quand l'intention

(1) Dissertation sur les effets du pacte de Constitut. *Revue historique de Droit français et étranger*, 1866. Tome XII, p. 209 et suiv.

est douteuse. En principe, au cas de silence, il est de bonne interprétation de présumer que le créancier a voulu augmenter ses garanties et non faire remise d'une obligation; cependant les parties peuvent y déroger en cherchant dans le constitut une novation prétorienne que garantit une exception. Si donc la volonté des parties a été de libérer le débiteur primitif, on la respectera; car le droit honoraire, qui a sa base dans l'équité, ne veut pas qu'on puisse violer la bonne foi. Mais quelle est l'exception accordée? C'est pour M. Bodin, comme pour M. Machelard, l'exception *dolimali*; et même, pour l'auteur dont nous exposons le système, plus tard ç'aurait été une exception *pecuniæ constitutæ*, étant donné le pouvoir discrétionnaire du prêteur. Il y aurait donc, comme il l'appelle, *novation prétorienne par changement de débiteur*; et il ajoute que la loi 8, au Code, de *novationibus*, où Justinien exige pour la novation une déclaration expresse, ne s'appliquait pas pour le constitut où la bonne foi domine tout. — Quant à la loi 28, à notre titre, de Gaius, elle a cette signification que dans le doute on présume que le pacte est accessoire. — Entre ces deux systèmes de M. Machelard et de M. Bodin il n'y a en réalité aucune différence, et les raisons qu'ils donnent l'un et l'autre pour l'admission d'une exception donnée contre le créancier ont une valeur incontestable. Nous nous rallierons donc à leur opinion en faisant toutefois nos réserves relativement à l'exception *constitutæ pecuniæ*, que M. Bodin pense avoir existé à la fin de la législation romaine; il nous paraît difficile d'admettre une pareille exception en contradiction avec le principe toujours vrai en droit romain qu'on ne peut profiter d'un pacte auquel on n'a pas figuré; une dé-

rogation aussi importante, si elle eut existé, aurait laissé des traces dans les textes et ceux-ci gardent à ce sujet le silence le plus absolu.

Nous ne terminerons pas cette discussion sans dire un mot d'une hypothèse qui par certains côtés présente quelque analogie avec celle que nous venons d'examiner. C'est le cas d'un créancier qui, ayant primitivement plusieurs débiteurs *correi*, fait un constitut avec un seul avec l'intention de libérer les autres. Il n'y a pas de texte qui prévoie cette hypothèse : mais si telle est l'intention des parties au constitut, les codébiteurs qui n'y ont point figuré auraient, comme dans l'hypothèse précédente, une exception *doli mali*, s'ils ne sont pas *socii*, et l'exception *pacti conventi* au cas contraire, car leur codébiteur constituant a intérêt à ce qu'ils puissent l'invoquer (1). Sur ce point tous les jurisconsultes devaient être d'accord, le créancier pouvant disposer de son droit. Mais que présumera-t-on au cas de silence de la part du créancier ? M. Bodin (2) déclare que dans le doute on présumera le pacte extinctif : il applique du reste une théorie générale d'après laquelle cette présomption a lieu dans tous les cas où le constitut intervenait *inter eosdem*. Cela résulte à *contrario*, dit-il, des textes qui déclarent ce pacte non extinctif, lorsqu'il intervient entre le créancier et un tiers (3), et des textes qui n'assimilent le constitut au paiement que dans cette hypothèse. — Il est impossible d'admettre cette opinion ; la loi 28 invoquée n'a pas le sens spécial qu'on lui attribue : tout au contraire elle

(1) Loi 21, § 5. Dig., *de pactis*, II, 14.

(2) *Revue historique de Droit français et étranger*, 1866, p. 227.

(3) Loi 28. Dig., *Hoc tit.*

n'est que l'application de ce principe de bon sens qu'au cas de doute on ne doit pas présumer la renonciation à un droit mais plutôt l'intention de la part du créancier d'augmenter ses garanties. Donc pour nous on présumera que le créancier n'a pas entendu, en faisant le constitut, libérer les autres débiteurs *correi*.

2°. — Au cas de constitut-cautionnement, l'intention des parties étant non plus de substituer un nouveau débiteur à l'ancien, mais de le lui adjoindre, comme garantie du paiement ; l'action que le créancier tenait du contrat primitif n'est donc en principe nullement atteinte. La seule question que nous ayons à nous poser est de savoir si cette action peut se trouver éteinte par suite d'événements postérieurs, et par événements postérieurs il doit être bien entendu que ce ne sont pas des faits du débiteur principal lui-même, comme le paiement fait par lui ; car il ne rentre pas dans notre programme d'étudier les modes d'extinction d'une obligation. Mais certains faits du constituant, débiteur accessoire, peuvent-ils modifier les rapports entre les créancier et débiteur originaires ? Ici s'applique sans réserve l'idée de M. Ortolan que le payement fait par le constituant éteint les deux actions, c'est-à-dire celle du constitut et celle de l'obligation antérieure : *Solutio ad utramque obligationem proficit* (1). Au paiement il faut assimiler la perte de la chose due, si toutefois il y avait identité entre l'objet du constitut et l'objet de l'obligation principale. Mais tous autres modes, tels que la confusion, l'acceptation, la remise de dette, intervenus entre le cons-

(1) Loi 18, § 3. Dig., *Hoc tit.* — Ortolan. *Explic. hist. des Instituts*, 11^e édition, T. III, p. 343.

tituant et le créancier, étaient évidemment sans influence sur l'existence de l'obligation principale.

II. EFFETS DANS LES RAPPORTS DU CRÉANCIER AVEC LE CONSTITUANT.

Nous avons vu plus haut que l'effet le plus important du pacte de constitut était l'attribution faite au créancier d'une action spéciale lui permettant de poursuivre le constituant. Mais relativement à l'exercice même de cette action, deux questions doivent être résolues, pour bien comprendre le fonctionnement du *constitutum alieni debiti* soit comme *expromissio* soit comme *adpromissio*. Un premier point à élucider est celui-ci : que pouvait réclamer le créancier par l'action *constitutoria*, et à quel moment pouvait-il l'intenter ? ou, si l'on veut, quelle était l'étendue de l'obligation du constituant, et y avait-il des moyens dilatoires que la législation romaine lui ait accordés à l'instar des autres cautions ? Un second point est de savoir de quelle manière cette action prenait fin : quels étaient les modes d'extinction de l'obligation du constituant ?

1°. — *Etendue de l'obligation du constituant. Moyens dilatoires accordés contre l'action du créancier.* — S'il s'agit d'un cas d'*expromissio*, la nature même de ce constitut indique qu'il ne peut être question d'une subordination de l'obligation ainsi créée à l'obligation antérieure, et que c'est dans le pacte lui-même qu'il faut chercher l'étendue de l'obligation du constituant. Mais la solution n'est pas aussi simple au cas de cautionnement ; car il faut tenir compte des relations qui unissent la dette accessoire à la dette principale. Pour bien comprendre la portée de cette observation, le moyen le plus sûr sera de procéder par comparaison

avec ce qui se passe dans les autres formes de cautionnement.

Si l'on examine la fidéjussion, les textes du droit romain font ressortir ce caractère que l'obligation du fidéjusseur et celle du débiteur principal ne forment qu'une seule obligation. De cette idée découlent un certain nombre de conséquences : à moins de réserves expressément faites le fidéjusseur est tenu de tout ce que comprend et pourra comprendre la dette principale (1) ; les modifications en plus ou en moins que celle-ci subira se répercuteront sur l'obligation de la caution, et notamment la faute, la demeure du débiteur principal, les exceptions qu'il pourra opposer seront communes au débiteur accessoire ; le paiement, l'acceptilation, la novation, la *litis contestatio*, intervenus avec l'un, éteindront l'obligation de l'autre.

Toute autre en principe est l'obligation du constituant : accessoire en tant qu'elle garantit l'obligation principale, elle n'en a pas moins une existence indépendante, ne subissant pas forcément le contre-coup des modifications survenues à l'autre. Ainsi en général cette obligation ne consistera que dans la valeur promise au jour du constitut (2) et persistera identique à elle-même, alors même que la dette principale serait modifiée dans sa quantité ou sa nature ; et la *litis contestatio* faite avec le débiteur primitif n'aura aucune influence dans les rapports du créancier et du consti-

(1) *In totam causam spoponderunt*, dit la loi 91, § 4, de Paul. (Dig., de verborum obligationibus, XLV, 1).

(2) Cependant si le débiteur principal jouit de ce qu'on appelle le *bénéfice de compétence*, c'est-à-dire de n'être tenu que jusqu'à concurrence de ses biens, comme le mari débiteur de la dot ou un soldat pour quelque dette que ce soit, et si au moment du Constitut ses biens ne sont pas effectivement suffisant au paiement de sa dette, le constituant, qui n'aura pas fait de réserves expresses, serait tenu *in solidum*.

tuant. A ce point de vue il y a une ressemblance frappante entre notre pacte et cette autre forme du cautionnement qui porte le nom de *mandatum pecuniæ credendæ* (1). Toutefois la qualité de pacte de notre cautionnement laissait place à une certaine latitude et permettait à la volonté des parties de modifier quelque peu ces effets. Ainsi quand il fut admis qu'un constitut pourrait s'appliquer à des dettes futures, on put s'engager par ce pacte à payer tout ce qu'un débiteur principal pourrait devoir à l'époque de la poursuite. — L'obligation du constituant pourra encore se trouver limitée, s'il a droit personnellement au bénéfice de compétence ; il en fut ainsi pour les militaires jusqu'au Bas-Empire, époque à laquelle tout cautionnement leur fut interdit (2). Grâce à ce bénéfice l'obligation du débiteur accessoire était nécessairement réduite au montant de sa fortune.

Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse où le créancier, n'ayant obtenu satisfaction ni du débiteur principal ni du constituant, intente contre celui-ci l'action de *constitutâ pecuniâ*. Nous savons que sur la fin la législation romaine, tenant compte de cette idée naturelle qu'une caution en définitive n'est qu'une garantie apportée au créancier et destinée à fournir le surplus de ce que n'aura pu procurer la poursuite exercée contre le débiteur principal, avait tempéré l'application rigoureuse du principe qui permettait au créancier de s'attaquer indistinctement à la caution ou au débiteur principal. Ce tempérament a reçu des commentateurs le nom de *bénéfice de discussion*. Il consistait en une exception que la Nouvelle ci-dessous

(1) Loi 18, §§ 1 et 3. Dig., *Hoc tit.* — Paul. Sent. liv. 2, tit. XVII § 16.

(2) Loi 31, Code IV, 65.

indiquée accordait à la caution pour repousser l'action du créancier qui n'aurait pas préalablement discuté les biens du débiteur principal. Or ce bénéfice existait-il en faveur du constituant de la dette d'autrui ? Créé par la Novelle IV (chap. 1), ce bénéfice dû à Justinien était incontestablement accordé au fidéjusseur et au *mandator pecuniæ credendæ*. Si on s'en tenait à la traduction de la *Vulgate*, on devrait le refuser au constituant ; car d'après cette traduction il était donné à trois sortes de cautions (*fidejussor, mandator, sponsor*), et le nom de *reus constitutæ pecuniæ* n'y figure pas. Mais, comme le fait à bon droit observer M. Van Wetter (1), cette traduction est inexacte. Notons d'abord ce qu'il y aurait eu d'illogique dans la conduite de Justinien en donnant ce bénéfice à toutes les cautions autres que le constituant, alors qu'il n'y avait aucun motif de distinguer, et à une époque où le droit naturel inspirait la plupart des réformes de la législation romaine. Bien mieux, si on se reporte au texte grec, texte original, le mot que la *Vulgate* traduit par *sponsor* est ἀντιφωνητής, que les hellénistes s'accordent à traduire par l'expression latine *reus constitutæ pecuniæ*. C'est du reste la traduction qu'en donne la *Vulgate* elle-même dans deux autres Novelles : la Novelle 115, ch. 6, et la Novelle 136, préf. et chap. 1, cette dernière parlant formellement du constituant pour l'attribution du bénéfice dont il s'agit. Ajoutons enfin que l'expression *sponsor* est incompréhensible à une époque où la *sponsio* n'existait plus depuis longtemps.

Donc le constitut-cautionnement a joui du bénéfice de discussion en même temps que la fidejussion et le *mandatum*, et il en fut ainsi dans tous les cas. Telle

(1) *Les obligations en droit romain*. Tome 1, p. 188 et suiv.

n'est cependant pas l'opinion de M. de Vangerow (1) qui n'admet pas à ce bénéfice le constituant qui aura modifié l'obligation antérieure par lui cautionnée. Il est difficile de partager cet avis, quand on sait que le constitut même *alieni debiti* comportait fort bien de pareilles modifications, et que la Novelle 4, aussi bien que la Novelle 136, accorde le bénéfice sans distinction à tout constitut-cautionnement; du reste, même au cas de modification dans l'objet de la dette antérieure, l'idée à laquelle est dû notre bénéfice s'applique entièrement, la caution ayant bien l'intention de ne payer que subsidiairement.

Pour terminer ce que nous avons à dire sur cette matière spéciale, faisons une observation : l'admission du bénéfice de discussion entraîne l'admission d'un nouveau cas d'extinction du constitut par extinction de l'obligation primitive. A l'époque classique le créancier qui remettait sa poursuite au débiteur principal conservait le droit de s'attaquer aux autres obligés; désormais ceux-ci, grâce au bénéfice créé par Justinien, pourront empêcher toute poursuite à leur égard, le créancier devant actionner d'abord le débiteur principal et étant dans l'impuissance de le faire à cause de la remise de poursuites accordée.

Une autre exception était donnée aux cautions au cas de pluralité, exception qui leur permettait de limiter l'étendue de la poursuite exercée personnellement contre chacune d'elles, quoique en droit elles fussent parfaitement tenues de la totalité de la dette. Cette exception a reçu des auteurs le nom de *bénéfice de division*. Grâce à lui un débiteur accessoire poursuivi pouvait contraindre le créancier à diviser ses pour-

(1) *Pand.* § 579.

suites entre toutes les cautions [solvables à l'époque de l'échéance, de manière à n'être tenu que de sa portion virile (1). Ce bénéfice accordé par la loi *Furia de sponsu* aux *sponsores* et aux *fidepromissores* fut étendu aux *fidejussores* par un rescrit de l'empereur Adrien. Si nous nous reportons à la Constitution 3, au Code, à notre titre, nous voyons que le même rescrit l'accordait aux *mandatores pecuniæ credendæ*, et Justinien dit que l'équité doit aussi en faire bénéficier les co-constituants. Y a-t-il là une innovation, ou n'est-ce que la confirmation d'un état de la législation déjà existant ? Cette dernière supposition est plus probable, étant donné qu'il est dans les habitudes de Justinien d'annoncer ses innovations avec beaucoup moins de simplicité de langage, et que le pacte de constitut plus que tout autre mode de cautionnement du droit civil devait logiquement être gratifié d'une mesure toute d'équité et de progrès.

Nous ne parlerons pas ici d'un autre bénéfice dont jouissaient à Rome les cautions. L'étude de ce bénéfice dit de *cession d'actions* trouve plutôt sa place dans les effets du *constitutum alieni debiti* entre l'ancien et le nouveau débiteur. Nous le traiterons avec la question des recours de la caution contre le débiteur principal. Nous passons de suite à l'examen des modes d'extinction de l'action du constitut.

2°. — *Modes d'extinctions de l'obligation du constituant ALIENI DEBITI*. — Nous ne dirons rien du constitut-délégation qui s'éteignait par les modes ordinaires d'extinctions des obligations, et sur lequel l'extinction de l'obligation antérieure n'avait aucune influence.

(1) Gaius. Com, III, §§121-123. « Quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio, et singuli viriles partes solvere tenentur », dit le § 121.

Quant au constitut-cautionnement, en dehors des modes d'extinction qui lui sont communs avec toutes les obligations, son caractère accessoire doit faire qu'il subisse dans une certaine mesure que nous aurons à préciser le contre-coup des modifications survenues à la dette principale. M. Flürer s'exprime ainsi en étudiant cette question (1) : c'est ici que le constitut a bien un caractère accessoire quoique peu marqué, car il ne tient qu'à l'intention, en sorte que l'extinction du constitut par extinction de l'obligation primitive n'a lieu que *exceptionis ope*. Qu'on nous permette de trouver cette solution un peu trop absolue ; nous allons en effet avoir l'occasion, en examinant les modes d'extinction de l'obligation principale et leur influence sur le constitut, de voir qu'il n'en est pas ainsi pour tous les cas. C'est du reste ce que cet auteur lui-même reconnaît lorsqu'il fait le même examen, et il y a lieu de s'étonner de trouver sous sa plume la phrase que nous venons de critiquer. Où il est entièrement dans la vérité, c'est lorsqu'il fait remarquer qu'à l'époque où le constitut des dettes futures put fonctionner, le constitut jouera plutôt le rôle de la *fidejussio indemnitalis* ; il ne sera plus exact de dire que la vie du constitut sera subordonnée à celle de l'obligation principale ; en réalité le constitut n'aura jamais existé au cas d'extinction de cette obligation principale, puisqu'il était soumis à la condition que celle-ci existât à l'échéance et ne fut pas payée.

Ce que nous venons de dire entraîne donc une distinction entre les modes d'extinction de l'obligation principale relativement à leurs effets sur la dette acces-

(1) Du Pacte du Constitut, p. 126.

soire du constituant. Les uns éteignent cette dernière dette *ipso jure*, d'autres *exceptionis ope*, d'autres enfin la laissent subsister. — Nous intervertirons cet ordre pour parler d'abord des troisièmes et des seconds qui sont les moins nombreux.

En partant de cette idée que le constitut de la dette d'autrui doit procurer au créancier une satisfaction proprement dite (1), nous trouverons des modes d'extinction de l'obligation principale sans influence sur l'obligation accessoire : ce qui constitue une différence avec la fidéjussion. Le constituant n'était pas autorisé à se prévaloir d'un mode d'extinction de la dette principale qui n'aurait pas donné satisfaction au créancier. Ainsi en était-il en droit classique de la *litis contestatio* engagée par le créancier avec le débiteur principal (2). A ce cas M. Van Wetter (3) ajoute celui de la prescription de la dette principale, et invoque la loi 18, § 1, à notre titre. Nous ne l'admettons pas ; car la loi 18, § 1 n'a pu avoir en vue que le cas d'un *constitutum proprii debiti*, le constitut ayant parmi ses avantages précisément celui d'empêcher le droit d'un créancier de s'évanouir par prescription ; cette loi ne s'applique pas ici, car à quoi servirait la prescription au débiteur principal, si elle ne profitait pas également au constituant ? N'oublions pas en effet le recours que celui-ci aurait contre le débiteur originaire.

Nous parlerons à cet endroit d'un mode d'extinction de l'obligation principale qui intervenant laisse subsister le constitut, quoique en réalité nous ne puissions

(1) Loi 21, § 2. Dig., *Hoc tit.*

(2) Loi 18, § 3. Dig., *Hoc tit.*

(3) Van Wetter. *Les Obligations en droit romain*, Tome I, p. 190.

pas le classer dans le groupe que nous étudions en ce moment. C'est le cas où le débiteur principal subit une *capitis deminutio*. Dans le droit primitif rigoureux toute *capitis deminutio*, faisant disparaître l'ancienne personnalité du débiteur, éteignait *ipso jure* la dette faite de sujet passif; et en vertu de la relation intime qui unissait à cette obligation celle du fidéjusseur, celle-ci disparaissait également de plein droit; dans la même hypothèse l'obligation d'un constituant à titre de caution devait disparaître, mais seulement *exceptionis ope*. Toutefois contre une solution aussi manifestement inique le prêteur avait donné un remède : c'était au cas de *capitis deminutio minima* l'action conservée au créancier contre son débiteur *rescissâ capitis minutione* (1), en tenant pour non avenu le changement d'état ainsi opéré, et au cas de *capitis deminutio maxima* ou *media*, une action utile donnée contre l'Etat considéré en quelque sorte comme succédant au débiteur. Il était alors tout naturel que les cautions ne pussent pas invoquer une extinction qui, grâce au prêteur, n'atteignait plus la dette principale.

Il existe quelques modes d'extinction qui éteignent *ipso jure* et la dette principale et la dette accessoire. Le premier de ces modes est le paiement, mais seulement dans le cas où les deux obligations avaient identiquement le même objet; et c'est ici que s'appliquent textuellement les derniers mots de la loi 18, § 3 à notre titre : *Solutio ad utramque obligationem proficit*. La même règle s'applique incontestablement à l'*acceptilatio* faite avec le débiteur principal,

(1) Gaius. Com. III, § 84.

car l'*acceptilatio* est un paiement fictif et est traitée comme tel par les jurisconsultes. Quant à la perte de la chose due, la même solution s'impose évidemment pour l'époque où le constitut fut admis à comprendre toutes choses comme objet; il n'en pouvait être de même auparavant, puisqu'il ne pouvait avoir pour objet que des choses *quæ numero, mensurâ vel pondere constant*, auquel cas la perte de la chose n'était pas possible.

En dehors des deux groupes que nous venons d'étudier, tous les autres modes d'extinction de l'obligation principale n'éteignaient le constitut que *exceptionis ope*. C'étaient : 1° le paiement, quand l'objet du constitut différait de celui de la dette primitive; 2° l'*acceptilatio* dans le même cas; 3° la perte de la chose due, primitivement tout au moins (1); 4° la novation; 5° la confusion; 6° la compensation; 7° la prescription, si toutefois le constituant n'avait pas voulu garantir le créancier contre le danger même d'une prescription possible; 8° le mutuel dissentiment; 9° le pacte *de non petendo* qu'il fut fait *in rem* ou *in personam*, à moins que ce ne fut une simple remise des poursuites sans libération définitive (2); 10° le concours de *duæ causæ lucrativæ* (3). Dans tous ces cas quelle était l'exception accordée au constituant? Une exception accordée en général était l'exception *doli mali*; il y avait dol de la part du créancier à réclamer au constituant l'exécution de sa promesse, quand il avait reçu par d'autres moyens une satisfaction, quelle qu'en fut la nature. En outre

(1) Voir ce qui vient d'être dit plus haut.

(2) Voir ce que nous avons dit sur le *bénéfice de discussion*.

(3) Loi 17, *de obligationibus et actionibus*. Dig., XLIV, 7, et 83, § 6. Dig., *de verborum obligationibus*, XLV, 1.

dans quelques hypothèses le constituant avait droit à des exceptions d'une nature spéciale. Ce pouvait être, par exemple, l'exception de garantie, comme au cas de confusion de la personne du créancier avec celle du débiteur principal; tenu de garantir le constituant contre toute poursuite, le débiteur qui succédait au créancier était dans l'impossibilité d'agir en vertu de la règle : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Ou bien ce pouvait être l'exception même qui protégeait le débiteur principal, quand celui-ci, à raison du recours auquel il était exposé de la part du constituant, avait intérêt à ce que ce dernier l'invoquât : c'est ce qui se présentait, par exemple, aux cas de mutuel dissentiment ou de pacte *de non petendo* intervenu en faveur du débiteur principal, pour qui ces événements n'auraient été d'aucune utilité, si la caution n'avait pu s'en prévaloir.

III. - EFFETS DANS LES RAPPORTS DU CONSTITUANT AVEC L'ANCIEN
DÉBITEUR

Nous arrivons à la dernière phase. Le constituant au jour fixé a payé volontairement, ou bien après avoir épuisé tous les moyens dilatoires à sa disposition, s'il en existait, a été contraint de s'exécuter. L'action du constitut est éteinte; mais le constituant restera-t-il dans cet état? Oui, s'il est intervenu *animo donandi*, puisque telle a été son intention. Au cas contraire le bon sens exige que le constituant, comme tout autre qui s'engage ou paie pour autrui, ne voie pas son patrimoine diminué par une obligation qui en réalité n'était pas la sienne et par les conséquences fâcheuses d'un service rendu. La

législation romaine lui offrait à cet effet différents moyens de se faire rembourser par le débiteur principal; et ce sont ces relations qu'il nous reste à étudier sous le nom de *recours*.

Si d'abord on suppose, comme cela devait arriver du reste le plus fréquemment dans la pratique, que le débiteur principal, dans le but de se procurer du crédit, avait demandé à un ami de garantir sa dette, et que c'est sur un mandat de celui-là que celui-ci s'est engagé, par le jeu ordinaire des principes qui régissent le mandat le débiteur principal était tenu d'indemniser le constituant son mandataire de toutes les pertes que ce dernier avait pu essuyer dans l'exécution du mandat; et la sanction était une action *mandati contraria* donnée au constituant contre le débiteur principal. Il en était ainsi et dans l'hypothèse d'un constitut-délégation et dans celle d'un constitut-cautionnement. Néanmoins il faut faire observer que, le constitut-délégation consistant le plus souvent dans le mandat donné par un individu à son débiteur de promettre le paiement à une tierce personne dont le mandant est lui-même débiteur, le recours dont nous parlons n'existera pas, la dette du mandant envers le mandataire se compensant avec celle que celui-ci devait au premier en vertu d'une précédente obligation.

S'il n'y a pas eu mandat, la pensée vient naturellement de se demander dans quelle mesure s'appliqueront les principes du quasi-contrat de gestion d'affaires? Si le constituant a voulu faire une *expromissio*, pour nous qui reconnaissons la possibilité de cette *expromissio* en dehors de tout mandat, le recours existera en principe, mais l'étendue en sera variable, suivant que l'*expromissio* sera intervenue en la sim-

ple absence du débiteur originaire ou contre sa volonté formelle. Au premier cas on appliquera incontestablement les principes de la gestion d'affaires, c'est-à-dire que, à l'instar de celui qui sans mandat paie la dette d'autrui, le constituant aura contre le débiteur primitif au moyen de l'*actio negotiorum gestorum* un recours limité par la proportion dans laquelle l'affaire aura été utilement gérée. Au second cas il y avait controverse entre les jurisconsultes romains : les uns, parmi lesquels Paul et Pomponius, refusaient toute action ; d'autres accordaient une action *utilis* (1). La seconde opinion était plus équitable ; Justinien donna raison à la première dans la Constitution 24 (Code, *de negotiis gestis*, II, 19). Les mêmes solutions et les mêmes controverses existent pour l'hypothèse du constitut-cautionnement fait dans les mêmes conditions. Si nous restons dans le domaine du constitut-cautionnement, au cas de pluralité de cautions, que celles-ci soient d'autres co-constituants ou des *mandatores* ou des fidéjusseurs, le constituant qui paye, faisant l'affaire de ceux-ci, aura aussi le même recours contre eux, sans toutefois, s'il vient à être désintéressé, pouvoir cumuler tous ces recours.

La troisième ressource offerte au constituant *alieni debiti* est un bénéfice, auquel nous avons déjà fait allusion, le bénéfice de *cession d'actions*. Toutes les cautions du reste ont droit à ce bénéfice qui consiste à exiger du créancier que l'on satisfait la cession de toutes actions qu'il pourrait avoir tant contre le débi-

(1) *Si pro te præsente et vetante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est. Sed quidem utilem putant dari (oportere) : quibus non consentio. Secundum quod et Pomponio videtur : loi 40. Dig., mandati vel contra. XVII, 1.* La même controverse devait exister pour le constitut.

teur principal que contre d'autres débiteurs obligés accessoirement ou détenteurs de biens hypothéqués. On sait au moyen de quelle subtilité de langage les jurisconsultes romains avaient consacré ce droit de la caution qui paie : le paiement en effet éteignant toutes les actions, la cession n'en était pas possible ; mais les jurisconsultes de répondre : il n'y a pas là véritablement une cession d'actions, mais la caution qui paie ne fait que acheter au créancier sa créance avec toutes ses garanties (1). Mais le créancier, qui aurait par exemple laissé prescrire une de ces actions, n'en était pas responsable : tout ce à quoi il était tenu, c'était de céder celles dont il était possesseur à l'époque du paiement.

(1) *Non enim in solutum accepit, sed quodam modo nomen debitoris vendidit*, dit la loi 36. Dig., *de fidej.*, XLVI, 1, et la loi 17, au même titre, tient un langage identique.

CHAPITRE IV

Comparaisons entre le « *Constitutum alieni debiti* » et d'autres institutions analogues.

Ce chapitre n'est pas le moins intéressant ; car il nous fera voir en détails les avantages et les inconvénients de notre pacte, et nous donnera une juste idée du rôle qu'il a dû jouer dans la législation romaine. La première comparaison que nous ferons sera spéciale au *constitutum alieni debiti* considéré comme mode d'*expromissio*. Les autres rapprocheront le *constitutum alieni debiti* considéré comme mode de cautionnement des autres formes de sûretés personnelles si nombreuses à Rome.

I. — Comparaison du « *Constitutum alieni debiti* » et de la novation par changement de débiteur.

Si l'on excepte l'effet qu'il est dans l'intention des parties de faire produire à l'une ou à l'autre de ces deux institutions, il n'y a guère que des différences à enregistrer, et elles sont nombreuses :

1° La novation résulte d'un contrat solennel du droit civil ; le constitut est un pacte prétorien d'une origine beaucoup plus récente.

2° Toutes choses *in commercio* pouvaient faire l'objet d'une novation, tandis que le constitut ne put avoir primitivement pour objet qu'une dette de somme d'argent (*pecunia*), puis des choses fongibles, et seulement sur la fin toutes choses *in commercio*.

3° Si l'on admet qu'à l'époque classique il fallait pour la novation qu'on promit *idem debitum* (1), une troisième différence découle de cette solution, puisque nous savons qu'on peut *constituere rem pro re*.

4° Le constitut par son essence même était à terme et nous savons comment on y suppléait en cas de silence des parties; rien au contraire ne s'opposait à ce que la novation fut pure et simple.

5° Gaius (2) nous fait connaître qu'une controverse existait entre les jurisconsultes sur la question de savoir si par novation on peut substituer une obligation conditionnelle à une obligation pure et simple et sur les conséquences au cas de réalisation ou de non-réalisation de la condition. Rien de semblable n'existait pour le constitut où la possibilité de ce changement ne souffrait aucune difficulté.

6° L'action résultant d'une novation était *stricti juris*; l'action du constitut devait au contraire dans son exercice se rapprocher des actions de bonne foi.

7° La novation était un mode d'extinction *ipso jure* de l'obligation précédente; le constitut ne l'éteignait que *exceptionis ope*.

(1) M. Gide. *Revue de législation*, 1870.

(2) *Com.*, III, § 179.

II. — Comparaison du « *constitutum alieni debiti* » et du
« *mandatum pecuniæ credendæ*. »

Cette comparaison s'imposait, étant donné que ces deux institutions font partie d'un même théorie générale, la théorie des sûretés personnelles en droit romain, et, quoique dans la pratique ce soit une autre mode de cautionnement la fidéjussion qui ait tenu le premier rang, l'analogie entre notre pacte et le *mandatum pecuniæ credendæ* était plus grande qu'avec la fidéjussion; aussi M. Bodin fait-il remarquer avec beaucoup de raison que presque toutes les différences, et elles sont nombreuses, qui séparent le constitut de la fidéjussion, sont des ressemblances avec le *mandatum*.

Les *ressemblances*, comme nous venons de le faire pressentir, sont nombreuses : par exemple, quant aux trois bénéfices de discussion, de cession d'actions et de division, à la simple réductibilité au cas de *durior causa*, à l'impossibilité d'appliquer les dispositions de la loi *Cornelia* (1), à l'indépendance des deux actions appartenant au créancier d'où découlent plusieurs conséquences que nous verrons quand nous comparerons notre pacte à la fidéjussion. Mais cette énumération est nécessairement incomplète; et on se rendra bien plus facilement compte de l'analogie entre nos deux formes de cautionnement, quand on aura cité les quelques différences qui les séparent.

Différences. — 1° Il est à peine besoin de dire que l'origine n'en est pas la même. Ce que nous avons dit précédemment suffit pour s'en rendre compte.

(1) Gaius, *Com.*, III, § 124.

2° De cette première différence d'origine découle une différence quant à la nature des deux institutions. L'une, le *mandatum pecuniæ credendæ*, est un contrat du droit civil pris dans la catégorie de ceux qui se forment *solo consensu*; l'autre, le constitut, est un acte prétorien. Observons cependant cette absence de solennités dans la formation des deux cautionnements.

3° Le mandat, comme la nature même des choses l'exige, précède l'obligation principale (1), sauf le cas où il est donné à un créancier *ut exspectet*, c'est-à-dire pour accorder un sursis au débiteur. Le constitut au contraire par son essence même vient après l'obligation principale.

4° On pouvait et on devait au jour même de la formation du pacte de constitut savoir à quoi était tenu le constituant. Dans le *mandatum* l'obligation du *mandator* consistant à indemniser le créancier de toutes les pertes que celui-ci aura pu éprouver dans l'exécution du mandat, cette obligation n'était connue qu'après que les poursuites exercées contre le débiteur principal avaient dévoilé les pertes éprouvées par le créancier.

5° L'action donnée au créancier contre le constituant était l'action prétorienne *de constitutâ pecuniâ*; celle donnée au cas de mandat était l'action civile *mandati contraria*.

6° L'action, qui était quelquefois annale au cas de constitut au dire de Justinien, était toujours perpétuelle au cas de mandat.

7° L'existence d'une *sponsio dimidiæ partis* pour le

(1) Loi 12, § 14, Dig., *mandati vel contra*, XVII, 1.

constitut rendait l'action *constitutoria* plus efficace que celle du *mandatum pecuniæ credendæ*.

8° En principe le constituant peut invoquer toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal; il n'en est pas de même du *mandator*, parce que, disent les textes, *suasor et adfirmator fuit contractus* (2).

III. — Comparaison du « *constitutum alieni debiti* » et de la fidéjussion.

Nous avons déjà par ci par là dans le cours de cette étude signalé certains rapports ou certaines différences entre ces deux formes de cautionnements. Mais il ne sera pas inutile de les réunir dans une vue d'ensemble et surtout de les compléter.

Rapports.— L'attribution de certains bénéfices à ceux qui s'engagent en garantie de la dette d'autrui est le point de départ de la seule véritable ressemblance qui rapproche nos deux institutions. Nous avons en effet eu l'occasion de constater que les trois bénéfices accordés aux cautions dans les derniers temps de la législation romaine ont, sauf les observations que nous avons dû présenter, été communs à toutes les formes du cautionnement. Le *bénéfice de discussion*, œuvre de la Novelle IV, fut donné à toutes, en dépit des termes de la *Vulgate* dus à une mauvaise traduction; le *bénéfice de division*, créé pour les fidéjusseurs par un rescrit d'Adrien, dut très probablement appartenir aux co-constituants à la même époque bien avant la Constitution 3, au Code, à notre titre, qui semble le

(1) Loi 13, pr. Dig., *de minoribus XXV annis*. IV, 4.

leur accorder pour la première fois ; enfin *le bénéfice de cession d'actions* leur fut aussi commun avec cette nouvelle ressemblance que le créancier n'était pas responsable de la perte de ces actions à céder. Nous donnons cette dernière solution contrairement à l'opinion de certains auteurs ; ceux-ci appliquent au constitut cette règle, qui était évidente pour le *mandatum pecuniæ credendæ* (1), que le créancier était responsable envers le *mandator* de la perte des actions survenue par sa faute, solution découlant tout naturellement de la nature même du contrat intervenu entre eux, et ils invoquent à l'appui de leur opinion qu'il y a là une règle d'équité qui doit présider aussi aux relations qui existent entre créancier et constituant. Nous ne nous rallions pas à cette idée ; car le créancier ne s'est en aucune manière engagé envers le constituant à lui conserver ses actions ; il ne doit qu'une chose, c'est les lui céder telles qu'elles sont au jour où il reçoit de lui satisfaction.

Différences. — 1° C'est la différence d'origine que nous connaissons déjà. Tandis que la fidéjussion est une institution civile fort ancienne, le constitut est récent et vient des réformes du préteur.

2° La fidéjussion n'est qu'une application dans un but spécial du vieux contrat *verbis* appelé *stipulatio*, contrat du droit civil *stricti juris* ; le constitut est un pacte prétorien se rapprochant par sa nature des contrats de bonne foi.

3° Le constituant, nous l'avons vu, ne peut s'obliger qu'après le débiteur principal ; le fidéjusseur au contraire, quoique intervenant la plupart du temps après

(1) Loi 95, §§ 10 et 11. Dig., de *solutionibus et liberationibus*. XLVI, 3.

la formation de la dette principale, peut s'engager bien avant.

4° La fidéjussion ne remplissait que son rôle de mode de cautionnement, tandis que le constitut pouvait s'appliquer à la propre dette du constituant ou à celle d'autrui, et même n'avait pas été introduit dans la législation romaine spécialement dans ce dernier but.

5° Si le constitut suppose une dette préexistente, à tout le moins ne suppose-t-il que cela ; il n'exige pas nécessairement l'existence d'un débiteur. Il n'en est pas de même de la fidéjussion. L'intérêt de cette distinction est que si un débiteur décède et que son hérédité ne soit encore représentée par personne, alors l'hérédité étant jacente, aucun fidéjusseur ne pourra intervenir ; au contraire le constitut permettra de cautionner une dette héréditaire encore que l'hérédité ne soit pas acceptée.

6° L'objet de l'obligation du fidéjusseur doit être identique à celui de l'obligation principale ; le constituant, lui, peut promettre *aliud*. De ce principe que dans la fidéjussion et dans la dette principale *una res vertitur* découle cette solution que la fidéjussion a son existence liée à celle de l'obligation principale et disparaît avec elle ; il en est tout autrement pour le *constitutum alieni debiti* qui, donnant naissance à une obligation distincte, survit au moins en droit strict à l'extinction de la dette qu'il garantissait.

7° La prohibition de la *causa durior* était moins rigoureusement appliquée au constitut qu'à la fidéjussion. Ainsi nous avons vu que le fidéjusseur ne pouvait s'engager à payer à un terme plus rapproché que le débiteur principal : ce qui était possible pour le constituant.

8° La contravention à cette prohibition, commune

aux deux espèces de cautionnements, n'avait pas la même sanction dans l'un et l'autre cas. La fidéjussion était radicalement nulle : ce qui est conforme à la rigueur bien connue des principes de la législation romaine dans ses premiers temps (1) ; le constitut fait dans les mêmes conditions n'était que réductible à la mesure de l'obligation principale (2) : ce qui n'a rien de surprenant pour une institution prétorienne.

9° La fidéjussion est un contrat solennel *verbis* qui exige la présence effective des parties ; le constitut ne comporte aucune solennité, il peut se former par *nuntius*, par lettres, entre absents (3).

10° Le père de famille ne peut garantir par une fidéjussion la dette du pécule ; il peut au contraire la constituer.

11° La corréalité, qui n'est pas possible au cas de constitut, existe entre l'obligation du fidéjusseur et celle du débiteur principal. D'où un certain nombre de conséquences qu'il est bon d'énumérer : la *litis contestatio* faite par le créancier avec l'un de ses deux débiteurs principal ou accessoire (fidéjusseur) libérait l'autre ; et si c'était avec le fidéjusseur, celui-ci devait avoir soin de demander la cession des actions avant cette *litis contestatio* qui éteignait ainsi l'action contre le débiteur principal (4). Il en était tout autrement du constitut. Mais cette différence disparut le jour où Justinien abolit l'effet novatoire de la *litis contestatio* (5).

12° L'action donnée au créancier contre le fidéjusseur était la *condictio*, action *stricti juris* ; celle qui

(1) Loi 8, § 7, Dig., *de fidej.*, XLVI, 1.

(2) Lois 11, § 1, et 12. Dig., *hoc tit.*

(3) Loi 14, § 3. Dig., *hoc tit.*

(4) Loi 76. Dig., *de solutionibus*, XLVI, 3.

(5) Loi 28. Code, *de fidejussoribus et mandatoribus*, VIII, 41.

dérivait du constitut était l'action prétorienne *de constitutâ pecuniâ*.

13° La *condictio* contre le fidéjusseur était toujours perpétuelle ; l'action *constitutoria* était quelquefois perpétuelle, quelquefois annale dans des cas que Justinien n'a pas jugé à propos de citer et que nous ignorons encore.

14° Cette différence consiste dans la *sponsio dimidiæ partis*, inconnue à la fidéjussion, et qui était une aggravation notable de la situation du constituant de la dette d'autrui (1).

15° La loi *Cornelia*, qui apportait de notables limites à la possibilité de s'engager pour autrui par la fidéjussion, n'avait pas d'application au cas de constitut (2).

16° Dans le constitut le créancier n'est jamais tenu de déclarer tout haut et préalablement l'objet de la dette et le nombre des cautions ; il en était autrement pour la fidéjussion.

CONCLUSION

Cette comparaison nous donne une idée de l'utilité du *constitutum alieni debiti* et nous explique comment ce mode de cautionnement, introduit dans la législation romaine d'une manière détournée pour ainsi dire et sans que le besoin s'en soit fait sentir, a cependant pu se faire une large place dans le domaine de la pratique parmi les sûretés personnelles. Nous avons d'abord vu des cas où, la fidéjussion ne pouvant

(1) Gaius. *Com.*, IV, § 171.

(2) Gaius. *Com.*, III, § 124.

intervenir, le *constitutum alieni debiti* trouvait pour s'exercer un terrain tout préparé : c'étaient, par exemple, le cas d'une obligation faisant partie d'une hérédité jacente qu'on voulait garantir, le cas d'un individu qui, limité par la loi *Cornelia* dans ses intentions généreuses d'obliger un ami, trouvait dans le constitut un moyen facile de les satisfaire en tournant la loi, etc. Mais en dehors de ces hypothèses qui devaient se présenter dans la pratique et n'étaient pas purement idéales, si nous nous plaçons dans les cas où les parties avaient le libre choix entre les deux modes de cautionnement, le constitut présentait sur la fidéjussion des avantages assez sérieux pour avoir bien souvent la préférence. La simplicité de ses formes, l'absence de toute solennité, la possibilité de cautionner ainsi entre absents, la garantie plus grande que donnait au créancier la menace d'une action qu'accompagnait cette *sponsio dimidiæ partis*, la possibilité d'échapper aux inconvénients de la *litis contestatio*, enfin en général les principes d'équité qui régissaient notre institution, étaient autant de raisons qui devaient faire regarder par les Romains notre pacte comme un des instruments les plus précieux du crédit.

DROIT FRANÇAIS

DES

MOYENS RÉPRESSIFS ET PRÉVENTIFS DE LA RÉCIDIVE

ET PARTICULIÈREMENT DES LOIS DES 27 MAI
ET 14 AOÛT 1885

INTRODUCTION

HISTOIRE ET PRINCIPES RATIONNELS DE LA RÉCIDIVE

Le récidiviste, comme l'indique l'étymologie de ce mot (*rursus cadere*), est l'homme qui, ayant commis une première faute, retombe dans une nouvelle faute. Tel est le sens grammatical du mot ; mais tel n'est pas celui que les lois positives lui ont donné : pour celles-ci la récidive est l'état d'un individu qui, ayant été condamné une première fois pour une infraction, en commet une nouvelle dans les conditions qu'elles déterminent. Et c'est avec raison, car si elles avaient appliqué leur principe d'une aggravation de châtiment en cas de récidive employé dans le sens étymologique de cette expression, elles auraient abouti à des injustices et à des impossibilités incompatibles avec la notion même du droit pénal qui de sa nature doit être juste et pratique à la fois. Il est à peine besoin de dire

que cette persistance dans le mal est le plus souvent l'indice d'une profonde perversité, et que le mal de la récidive est toujours plus dangereux pour les sociétés que des fautes mêmes fort graves mais isolées dues bien souvent à la surexcitation passagère des passions nombreuses dont tout homme porte le germe en lui-même. Quoi d'étonnant alors, si à toutes les époques, chez les peuples non dépourvus de toute civilisation, on ait pensé à prévenir ce mal par une répression sévère, et cela avant même de s'être posé la question de savoir si en définitive cette répression était ou non conforme aux principes de justice ? C'était en quelque sorte pour ces peuples une situation analogue à celle de l'individu qui se trouve en cas de légitime défense. Celui-ci au moment de l'attaque ne se fait pas de beaux raisonnements sur la légitimité de sa défense, il repousse instinctivement la force par la force, c'est l'instinct de la conservation qui le domine. Il en fut de même des sociétés primitives ; l'instinct de leur conservation leur dictait cette sévérité à l'encontre des récidivistes. N'y a-t-il pas déjà dans ce fait lui-même une preuve palpable de la légitimité d'une augmentation de pénalité contre les individus dangereux qui font du crime leur occupation et y trouvent leurs moyens d'existence ? De même que la légitime défense permet à l'individu de prendre toutes les mesures nécessaires à sa protection, voire même de donner la mort ; de même la société, dont l'existence est menacée par la récidive, puise dans cette menace elle-même le droit incontestable de se défendre par tous les moyens que ne répudie pas la justice et que justifie la nécessité !

Dans le cours de cette étude nous n'aurons pas seulement à exposer les différents moyens préventifs et

répressifs de ce mal social qu'on appelle la récidive, à en rechercher les causes soit générales soit particulières à notre pays, à en sonder les profondeurs, à faire connaître les remèdes tentés par notre législation : nous aurons encore, tâche difficile que nous craignons de trouver au-dessus de nos forces, à apprécier ces mesures de natures si variées, peut-être à les critiquer ou à en proposer timidement de nouvelles. On comprend tout le ridicule auquel nous nous exposerions si nous affichions la prétention de nous poser en réformateurs. Les améliorations que nous pourrions avoir l'occasion de proposer nous ont pour la plupart été suggérées par des esprits éminents sous l'égide desquels nous les couvrirons (1). Qu'on se souvienne seulement qu'en notre matière, si les projets les plus divers et parfois contradictoires ont pu se faire jour, si l'expérience a pu démontrer l'inanité des uns, l'utilité des autres, leurs auteurs ont été animés des mêmes sentiments généreux, de la même pensée de servir l'humanité et la société. Leur sincérité leur donne droit au même respect ; et c'est au nom de cette même sincérité que nous demanderons pour nous l'indulgence.

Mais avant de nous engager dans la voie ainsi tracée il faut éclairer notre route ; c'est aux navigateurs les moins expérimentés qu'une boussole est le plus nécessaire. Il faut donc tout d'abord poser nettement les principes généraux qui doivent présider à toutes les mesures qui peuvent ou pourront concerner la récidive. Ces principes, il faut les chercher dans la philosophie et la raison. C'est pour ce motif que nous consacrons

(1) Nous nous sommes inspirés souvent des idées émises à son cours par l'éminent professeur de droit criminel à la Faculté de Dijon, M. Bonneville.

une introduction à leur recherche. Puis dans un court résumé nous verrons comment ces principes ont été appliqués dans les différentes législations qui ont précédé celle qui nous régit aujourd'hui. Guidé ainsi par ces deux flambeaux, la raison et l'histoire, nous aborderons avec plus de confiance l'étude particulièrement grave de la récidive à notre époque.

§ I. — De la Récidive en droit rationnel.

Plusieurs questions se présentent à notre examen. En premier lieu, il importe de se fixer sur l'idée même, base de notre théorie : l'augmentation de peine pour cause de récidive est-elle légitime ? De la réponse faite à cette demande dépend le sort définitif de ce grave problème de la récidive. Et au cas de réponse affirmative, ce que l'on doit déjà pressentir, il faudra déterminer, toujours en se plaçant à un point de vue exclusivement rationnel, les conditions de la récidive punissable et la mesure de la répression qu'elle mérite. Quant aux moyens préventifs, la nature même des choses ne permet pas de les énumérer ainsi *a priori* ; ils sont et doivent rester essentiellement variables suivant les temps et les lieux ; les causes du mal n'étant pas toujours les mêmes demandent des remèdes qu'il faut varier. En cette matière, les principes généraux qu'on prétendrait établir, offriraient un vague trop prononcé, s'ils ne dégénéraient pas en naïvetés.

1^o LÉGITIMITÉ D'UNE AGGRAVATION DE PEINE AU CAS DE RÉCIDIVE

Si nous consultons notre propre conscience, en dehors de tout raisonnement, nous voyons que nous

sommes dominés par ce sentiment en quelque sorte instinctif, que la rechute dans la faute est l'indice d'une perversité plus grande et appelle un châtiment plus sévère. Ceci est si vrai que cet autre sentiment qui est le partage des nobles cœurs, le pardon, suit une gradation inverse, et que, plus la faute se renouvelle, moins il a de propension à s'exercer « *Prima gratis, dit un proverbe populaire, secunda debet, sed tertia solvet.* » Du domaine du sentiment intime passons à celui de la raison et nous constatons le plus parfait accord pour proclamer la légitimité de l'augmentation de la peine pour le récidiviste. Pour cette démonstration il est nécessaire de remonter au principe même qui régit la mesure du droit de punir. Notre intention n'est évidemment pas d'énumérer ici les différents systèmes qui en recherchent les règles, et encore moins d'entrer dans leur discussion. Pour nous qui admettons, et c'est l'opinion la plus généralement acceptée aujourd'hui, que la loi pénale peut, à l'exception de ce que commande la loi morale, interdire sous peine de châtiments tous actes contraires à l'intérêt social, et que le châtiment à infliger se mesure à la gravité de l'acte et à la perversité de l'agent ; pour nous l'aggravation de la peine au cas de récidive est la conséquence même de ce principe. Que l'intérêt social l'exige, c'est ce que personne n'a songé à mettre en doute, même parmi ceux qui n'admettent pas la légitimité de cette plus grande sévérité ; la récidive, en effet, a montré l'inefficacité de la peine et le danger que fait courir à la société un individu qui, se riant de ses menaces et de ses avertissements, se montre prêt à troubler à nouveau l'ordre social et donne aux mauvais citoyens le plus funeste exemple, en même temps qu'il jette le trouble dans l'esprit des

bons, à la vue d'une société qui semble impuissante à les protéger. Mais où l'on ne s'entend plus, c'est sur le point de savoir si la loi positive a le droit d'assigner un chiffre plus élevé dans le tarif de ses peines.

Encore qu'il serait démontré que la perversité de l'agent est plus grande, la loi positive, dit-on, n'en dépasse pas moins son droit en prétendant infliger au récidiviste une peine aggravée. Le premier argument qu'on donne en faveur de cette idée est connu sous cette dénomination : *non bis in idem*. (1) Si on suppose, dit-on, l'égalité entre les deux faits punissables, quant à la gravité, par exemple le vol dans les mêmes conditions de deux objets semblables ; comme il n'y a rien dans les circonstances qui se rattachent à la 2^e infraction, les seules dont on doive tenir compte pour apprécier la culpabilité, qui motive une différence de traitement, l'aggravation de la peine sera due uniquement au fait de l'existence d'une précédente infraction ; or ce fait a été réprimé, le coupable a payé sa dette à la société et tout ce qui dans la peine dépassera la mesure qu'exige le nouveau délit considéré isolément sera un châtiment qui en réalité frappera à nouveau le premier délit ; la loi positive n'a pas le droit de consacrer une pareille iniquité. A l'objection qui se présente tout naturellement que ce qu'on punit ainsi, ce n'est pas le fait antérieur, c'est l'excès de perversité qui a accompagné la 2^e infraction, on répond que cette solution n'est pas possible, la loi pénale n'atteignant pas l'intention criminelle quelque répréhensive qu'elle puisse être ; car la justice humaine n'est pas

(1) Cette objection a été présentée par Carnot (*Commentaires du Code pénal*, p. 196, n^o 1.)

et ne peut pas être la justice absolue. Tout ce qu'on doit exiger c'est seulement que cette intention libre et éclairée existe, c'est-à-dire l'imputabilité légale ; mais cet élément nécessaire à la possibilité d'une condamnation ne doit exercer aucune influence sur la quotité de la peine ; ce n'est pas la base du tarif, ce n'en est qu'une condition d'application. On corrobore cette idée générale par une série de considérations ; on reproche à l'opinion adverse de ne pas être conséquente avec elle-même ; on prétend que, si c'est l'excès de perversité qu'on frappe, on ne doit pas faire de distinction entre la récidive légale intervenant après une première condamnation et la récidive de fait ou cumul de délits ; si le 2^e délit est moins grave, il y a amendement relatif et par conséquent pas de récidive ; — dans la théorie la plus rationnelle qui n'admet que la récidive spéciale, l'aggravation ne devra se présenter qu'au cas de délits de même nature, si peu importants soient-ils, mais elle n'aura pas d'application possible dans l'hypothèse d'une série de crimes de natures différentes, aucun d'eux ne marquant une plus grande perversité dans le même mal ; — l'argument tiré de l'insuffisance démontrée de la peine primitive est faux et odieux, la peine n'ayant pas civilement pour but essentiel de corriger, ne pouvant pas du reste dépasser la gravité du délit, et si la peine avait pour but de corriger elle serait toujours juste à condition qu'elle put remplir ce but, quelque minime que soit l'infraction ; — la sécurité publique, cherchée dans l'application de la peine, n'est pas la seule mesure de celle-ci, sans quoi le châtiment devrait être proportionné non à la gravité mais à la fréquence des délits. Enfin, en forme de conclusion, les partisans de ces idées accusent les législateurs d'avoir, en aggravant la

peine de la récidive, cédé à un sentiment d'irritation, à une idée de vengeance.

Faisons bonne justice de ces arguments spécieux. Le but de la société en punissant est d'instruire, d'amender et de maintenir l'ordre social : la récidive montre que ce triple but n'a pas été atteint, que le défaut d'amendement et la perversité plus grande du coupable ont causé un plus grand danger à la société. Elle peut punir plus sévèrement, et ce qu'elle frappe, ce n'est pas le premier délit, c'est l'immoralité plus grande que la rechute donne au second fait. Et qu'on ne vienne pas dire que dans ce cas c'est l'intention qu'on punit ; car ce n'est pas l'intention seule ; quand elle se joint à un acte d'exécution, elle fait corps avec lui, en forme l'élément moral inséparable, en modifie la gravité ; et c'est une idée absolument fausse qu'en droit criminel on doit envisager exclusivement la matérialité du fait (1). Nos adversaires le reconnaissent eux-mêmes indirectement ; et ils se mettent dans la plus étonnante contradiction avec eux-mêmes, quand ils demandent que les rigueurs de la loi soient adoucies, au moyen des circonstances atténuantes, lorsque les circonstances qui ont accompagné l'infraction viennent à en modifier la gravité, c'est-à-dire la moralité. Ils établissent la plus flagrante inégalité quand ils permettent à l'accusé de se prévaloir de ce que son passé peut renfermer d'honnête et quand ils refusent à la société le droit d'invoquer à sa charge les hontes de ce même passé. — Terminons en disant que notre théorie ne présente pas de contradiction, en n'appli-

(1) C'est le reproche qu'il convient de faire dans une certaine mesure aux rédacteurs de notre Code pénal dont tout le monde s'accorde à demander la réforme.

quant pas au *cumul d'infractions* les règles de la récidive. La perversité plus grande de l'agent vient moins de la répétition même des actes coupables que de la persistance dans le délit en dépit des avertissements de la justice. La société est en quelque sorte responsable des délits dont l'impunité a été une cause d'encouragement pour le malfaiteur.

2^e CONDITIONS DE LA RÉCIDIVE PUNISSABLE.

La justice absolue exigerait une répression plus sévère au simple cas de récidive de fait, qui constitue en droit ce qu'on appelle le cumul d'infractions; car la persistance mise à violer la loi est l'indice d'une perversité bien supérieure à celle de l'individu qui y contrevient pour la première fois. Mais la justice absolue n'est pas le but vers lequel doit tendre une société; du reste ce rôle est manifestement impossible à remplir en pratique. Ce que la loi frappedans la récidive, c'est l'incorrigibilité du coupable, incorrigibilité qui n'est pas dénotée par le simple fait d'une rechute mais bien par la rechute après condamnation, après avertissement, après que la société a fait ce qu'elle pouvait pour son amendement. C'est ainsi que l'ont compris la presque unanimité des législateurs, et ce sentiment unanime est la meilleure preuve que cette condition s'impose à la récidive: une première condamnation devenue définitive.

Sur une seconde condition les philosophes et les criminalites n'ont pas montré le même accord. L'aggravation de peine devait-elle être appliquée à quelque époque que le deuxième délit ait été commis ou au contraire fallait-il exiger qu'il le fut dans un certain délai après la première condamnation?

Notre Code pénal actuel n'admet, sauf pour les contraventions de simple police, aucun délai en dehors duquel les peines de la récidive ne seraient plus appliquées. Il est à peu près universellement reconnu maintenant qu'il y a une prompte réforme à faire à ce sujet (1). Peut-on raisonnablement traiter comme un incorrigible celui qui pendant un délai parfois fort long sera resté honnête et n'aura peut-être la seconde fois succombé que dans un moment de passion violente ? Peut-on dire réellement que, quand la première condamnation est tombée dans l'oubli, quand des années de probité ont donné la meilleure preuve de l'amendement, on se trouve en présence d'un malfaiteur d'habitude, d'un récidiviste dans le vrai sens du mot ? Il y a donc une limite à poser ; quelle sera cette limite ? Ici évidemment les opinions peuvent être fort différentes ; c'est une pure question de sens intime, d'expérience. Aussi ce délai, à quelque chiffre qu'on le fixe, paraîtra nécessairement arbitraire à tous ceux qui en auront un autre à proposer. Tout ce que nous pouvons dire de plus juste, c'est que ce délai devra suivre une marche parallèle au délai de la prescription et varier avec ce dernier suivant les pays et les législations. Il faut au moins que son taux n'aboutisse pas à une iniquité ; ainsi en serait-il, si le délai de la récidive dépassait celui de la prescription ; il ne faut pas qu'on puisse dire au coupable déjà puni une première fois que son châtiment sera plus sévère, qu'on lui tiendra compte de sa première condamnation, parce qu'il est encore dans le délai de la récidive, tandis qu'un malfaiteur assez habile pour échapper à la répression d'un premier crime pourrait, dans un

(1) MM. Chauveau et F. Hélie, *Théorie du droit pénal*, liv. I^{er}, chap. 1^{er}, p. 310.

délai où la récidive serait possible, mais ayant dépassé celui de la prescription de la poursuite, répondre à ses juges qu'ils n'ont pas le droit de lui reprocher sa première infraction ; le privilège de l'impunité serait alors acquis au plus habile, c'est-à-dire le plus souvent au plus pervers ; et une législation honnête ne peut pas se prêter à d'aussi infâmes calculs (1).

Ces deux premières questions étant examinées, une troisième non moins importante se présente : faut-il considérer comme récidiviste, au point de vue pénal, tout individu qui, ayant été condamné une première fois, retombe dans une nouvelle faute, quelle que soit cette faute et quel que soit le rapport qui existe entre les deux infractions ; ou bien faut-il exiger entre elles une certaine relation, une certaine ressemblance. Autrement dit, doit-on punir la récidive générale ou la récidive spéciale ? Si la première opinion a dominé beaucoup de législations modernes, si elle fait encore le fond de notre Code pénal, il faut reconnaître qu'elle a disparu de presque toutes les lois pénales récemment élaborées, et que le temps n'est pas loin où chez nous elle succombera devant un courant d'opinion contraire (2).

Les partisans de ce système du Code pénal n'abandonnent cependant pas le champ de bataille ; pour eux rien n'est plus mauvais que le système de la récidive spéciale ; quoiqu'il soit parfaitement avéré que la récidive spéciale vient d'une perversité profonde se révélant de la façon la plus énergique, il n'en est pas moins vrai que les malfaiteurs les plus redoutables

(1) M. Bonneville, à son cours.

(2) M. Bonneville de Marsangy ; *De la récidive*, p. 164 ; M. Bonneville, à son cours.

ne tournent pas sans cesse dans le même cercle de crimes, mais qu'ils commettent les forfaits de toute nature, suivant les occasions et les circonstances ; aussi les peines de la récidive, dont la légitimité repose sur la perversité de l'agent et le péril social, doivent-elles tout particulièrement leur être appliquées. Qu'on nous permette de répondre que l'hypothèse prise par nos adversaires est assez mal choisie, qu'elle est contredite par l'expérience (1) ; que les récidivistes dangereux sont en réalité ceux qui réitèrent des actes criminels d'une certaine espèce, sinon semblables, tout au moins similaires ou connexes, qui sont poussés par leurs passions mauvaises à une certaine catégorie d'infractions, et qui n'usent d'autres crimes que s'ils doivent y trouver le moyen d'aider à satisfaire leurs penchants, ou celui de se soustraire à la répression. Le type du criminel qui parcourt à peu près toute la série des infractions, qui les commet toutes à la façon d'un collectionneur qui cherche à compléter sa collection, est par trop idéal et ressemblerait beaucoup plus à un fou qu'à un récidiviste ; et s'il devait jamais s'en rencontrer de rares exemples, le jugea, dans l'application du maximum de la peine ordinaire encourue, un moyen suffisant de répression pour cette récidive de fait.

Ce qui fait la récidive punissable, nous l'avons dit, c'est l'incorrigibilité, signe d'une plus grande perversité et cause d'un danger plus grand pour la société. Donc, partout où nous ne trouverons pas incorrigibilité, les éléments de la récidive punissable ne se rencontreront pas ; le juge seul, grâce à la latitude que lui laisse la loi dans l'application de chaque

(1) M. Bonneville, à son cours.

peine, pourra tenir compte de cette multiplicité d'infractions; si elle paraît lui révéler un danger ou une immoralité plus profonde. Parcourons quelques hypothèses: pas de difficulté, si les deux délits sont de même nature, comme deux vols, comme deux meurtres; — il en est de même au cas de délits similaires, comme un vol, une escroquerie, un abus de confiance; ces délits ayant ce caractère commun, l'intention de s'approprier frauduleusement le bien d'autrui, la variété n'existant que dans des moyens d'exécution que les circonstances seules ont fait changer; — une troisième espèce est celle où les délits n'ont plus qu'une relation de cause à effet, par exemple, le vagabondage qui mène au vol, une vengeance exercée contre un témoin cause de la première condamnation, etc.; ici encore il y a entre les deux infractions un lien qui ne permet pas de les séparer, et nous admettons qu'il y aura encore un cas de récidive spéciale, quoique dans certaines hypothèses, il puisse peut-être y avoir doute; — enfin les deux infractions peuvent n'avoir aucune relation, exemple: un délit de chasse et un adultère, un vol et un attentat à la pudeur; ici on ne peut raisonnablement dire qu'il y a habitude et que la peine primitive était insuffisante; donc, en droit rationnel, nous aurons affaire à un repris de justice et non à un récidiviste (1).

C'est pour le même motif que nous ne saurions en général punir des peines de la récidive celui qui a commis deux infractions d'une classe différente, comme une contravention, un délit ou un crime. Notre Code pénal en a fait lui-même l'application aux con-

(1) Cours de M. Bonneville.

travaux qu'il sépare des autres infractions, mais il serait bon de poser la même limite entre les délits et les crimes, sauf cependant certaines exceptions qui s'expliquent ou par une mauvaise classification (ex. : celle qui fait du vol ordinaire un délit et du vol qualifié un crime) ou par une relation entre les deux infractions (ex. un individu condamné une première fois à une peine criminelle pour coups et blessures volontaires ayant occasionné la mort et qui aurait commis ensuite le délit de coups et blessures volontaires, sans que la mort s'en soit suivie).

3°. MESURE DE L'AUGMENTATION DE PEINE EN CAS DE RÉCIDIVE

La difficulté est grande quand il s'agit de déterminer théoriquement les limites de l'augmentation de la pénalité en pareille hypothèse. Des criminalistes distingués ont prêté leur autorité à des systèmes bien différents ; et il semble quelque peu téméraire de se prononcer à cet égard. On peut rattacher à deux idées distinctes ces opinions. Pour les uns la récidive vient de l'habitude et l'habitude constituerait un vice, sorte d'infraction de nature spéciale, qui aurait sa peine spéciale inscrite dans la loi pénale ; pour les autres l'infraction, aussi souvent répétée qu'on peut le supposer, resterait cependant identique à elle-même, en sorte que l'état de récidive n'en serait qu'une circonstance aggravante. Les conséquences seraient donc, on le suppose bien, sensiblement différentes suivant qu'on se rangerait à l'une ou à l'autre opinion. Ceux qui adoptent la première, voient dans l'habitude un vice d'une nature différant de la nature du fait coupable pris isolément, vice qui constitue une infraction d'un degré plus élevé dans la hiérarchie des infrac-

tions ; en conséquence, et suivant des distinctions qu'il faudrait établir, l'habitude d'infractions d'une classe déterminée constituerait une infraction d'un ordre supérieur, un délit si ce sont des contraventions, un crime si ce sont des délits ; or suivant une échelle déterminée on appliquerait, après un certain nombre de ces infractions qu'il resterait à déterminer, des peines soit correctionnelles soit criminelles ; en résumé, il y aurait changement dans la nature du délit, par contre-coup changement dans la nature de la peine, et ce qu'on punirait dans le dernier fait coupable, ce serait non plus le fait considéré en lui-même, mais le vice démontré par ce fait (1). Les partisans de la seconde opinion, au contraire (2), déclarent que la récidive ne change point la criminalité intrinsèque du fait, qu'elle n'est qu'une aggravation dans la perversité du coupable, ce qui autorise seulement une élévation du taux de la peine ou une sévérité plus grande dans son mode d'exécution, mais non un changement dans la nature de cette peine, ni la possibilité de passer d'une peine temporaire à une peine perpétuelle.

Nous ne voulons pas cacher l'embarras que nous avons éprouvé pour faire un choix entre ces deux systèmes ; cependant après bien des hésitations nous penchons pour le second. Le premier en effet nous paraît trop rechercher la justice absolue, en faisant abstraction du fait coupable ; et, sans aller jusqu'à adopter les idées matérialistes de notre Code de 1810, nous ne pensons pas qu'on puisse établir une disproportion trop considérable entre la gravité du fait dommageable et de ses suites et le taux de la peine. Les principes

(1) M. Bonneville, à son cours.

(2) Hauss, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 2, p. 142 et suiv.

qui nous guident dans cette étude, le fondement même de cette augmentation de peine, ne nous permettent pas d'adopter l'idée d'un changement de nature et dans l'infraction et dans le châtimement. Le péril social qui est un des éléments de la légitimité de la récidive punissable ne nous semble pas réellement autoriser l'application d'une peine criminelle par exemple après une série aussi nombreuse qu'on le voudra de délits de vagabondage ou de vols simples. Notre opinion du reste est confirmée indirectement par ce courant d'opinion qui réclame la non-assimilation de la tentative au délit consommé : n'est-ce pas là reconnaître qu'il faut, en droit positif tout au moins, tenir compte dans une certaine mesure de la gravité du fait matériel et de ses conséquences ? Il est vrai que notre système paraît énerver sensiblement la répression et que nous semblons aboutir à une impasse. L'expérience, surtout celle de ces dernières années, nous dira-t-on, prouve qu'il y a une masse d'individus complètement tarés qui ne comptent plus le nombre de leurs délits, délits qui pris isolément n'ont pas une gravité extraordinaire, et que les peines mêmes portées au maximum, même augmentées d'un nouveau degré, n'ont pas même émotionnés, des individus contre lesquels la loi pénale est impuissante ; si vous ne permettez pas de transformer leur habitude en crime puni des peines criminelles beaucoup plus rigoureuses, qu'en ferez-vous ? La société devra-t-elle désarmer ? L'objection est grave, parce qu'elle est à l'ordre du jour ; nous la faisons ici, parce que nous voulons chercher dans le droit rationnel le moyen de la résoudre, en dehors de toute application pratique.

Là, où s'arrête le droit de punir de la société, ne cesse pas le droit de légitime défense ; nous espérons nous

faire comprendre par une comparaison prise dans la pratique : un meurtrier attenté à ma vie sans préméditation ; j'ai le droit, s'il le faut, de le tuer au moment de l'attaque ; il passe en jugement ; tout le monde s'accorde à dire que le meurtre ne mérite pas la peine de mort ; donc pour le même fait il sera permis de donner la mort, si on est en état de légitime défense, et il ne le sera pas permis si on veut faire acte de répression. La société désarmée quant au droit de punir, reste armée de son droit de défense ; elle peut, elle doit se protéger contre l'incorrigible qui reste pour elle une cause de danger et de trouble, de la même façon qu'elle peut se protéger contre le fou dangereux. A l'égard de celui-ci, quoiqu'il ne puisse venir à l'esprit de personne une idée de répression, la société prend néanmoins des mesures qui vont jusqu'à la privation de la liberté ; elle fera de même pour le récidiviste dangereux ; sans lui infliger une véritable peine, elle prendra contre lui des mesures qui le mettent dans l'impossibilité de nuire. Quelles devront être ces mesures ? Ce n'est pas ici qu'il convient de les examiner. Leur étude viendra tout naturellement quand nous nous occuperons dans notre deuxième partie de la loi du 27 mai 1885.

Pour résumer ce que nous avons dit dans ce paragraphe, nous dirons que les principes du droit rationnel touchant la récidive sont les suivants : 1° l'augmentation de peine en cas de récidive est légitime ; 2° il faut une première condamnation avant la deuxième infraction ; 3° la récidive ne peut légalement se produire que dans un certain délai après la première condamnation ; 4° la récidive spéciale en principe est seule punissable ; 5° la récidive n'est qu'une circonstance aggravante de la nouvelle infraction ; 6° la récidive ne doit changer

ni la nature du délit ni celle de la peine ; 7° en dehors de son droit de punir la société reste armée de son droit de défense contre les incorrigibles.

§ II. — Historique de la Récidive.

Après avoir ainsi posé les principes qui nous guideront dans l'appréciation des règles établies par notre législation pour la répression de la récidive et la suppression de ses causes, et avant d'entrer dans cette étude, il est bon de jeter un rapide coup d'œil sur les législations qui ont précédé la nôtre pour voir en quoi elles ont appliqué les règles du droit rationnel, en quoi elles s'en sont écartées, pour connaître les résultats auxquels elles ont abouti et profiter des leçons toujours salutaires de l'expérience.

1°. — **LÉGISLATIONS PRIMITIVES.** — Elles nous sont peu connues ; il est cependant à peu près certain que chez les nations anciennes la récidive était châtiée d'une manière spéciale, ce qui n'a rien d'étonnant chez des peuples que guidaient bien plus le sentiment de l'intérêt et la vengeance que les principes de la raison et de la justice. Chez les Hébreux, la peine du fouet était élevée au double pour le coupable qui avait commis deux infractions quelle qu'en fut la nature ; c'était l'application de la récidive générale. Hérodote (1) rapporte que les Perses augmentaient ou diminuaient la peine, en tenant compte de la conduite antérieure mauvaise ou bonne du condamné. Platon allait jusqu'à demander la peine de mort pour le récidiviste, et Aristote (2) lui réservait un châtiment plus sévère.

(1) Hérodote, I, 13 et VII, 194.

(2) Rhét., I, 14.

Toutefois les législateurs grecs reconnaissaient en retour que le condamné qui s'était amendé méritait quelque faveur et admettaient pour lui la possibilité d'une réhabilitation. Cette institution se présente, mais avec un caractère douteux qui se rapproche de l'amnistie, dans une loi de Solon rapportée par Plutarque (1) qui déclare *επιτιμοι* (réhabilités ou amnistiés) tous ceux qui avant son archontat avaient été notés d'infamie (*ατιμια*). Mais elle apparaît avec son véritable caractère dans une loi athénienne, dont l'auteur et la date sont restés inconnus (2). L'assemblée des Athéniens se composant au moins de 6,000 citoyens pouvait par un vote au scrutin secret réhabiliter un individu infâme et condamné à l'amende envers les dieux ou le trésor public à la condition d'avoir acquitté cette amende. — Platon voit dans la peine le remède de cette maladie qu'on appelle une faute et la peine subie ou pour mieux dire le remède pris, la santé réapparaît, le condamné est réhabilité ; l'homme est moins pervers qu'ignorant ; aussi le condamné sera-t-il instruit, s'il s'amende, il est réhabilité, sinon qu'il meure (3). Ce philosophe est donc le premier qui ait émis cette idée exclusivement chrétienne que la réhabilitation doit être un acte non de faveur mais de justice.

2° — DROIT ROMAIN. — A Rome, il n'y avait pas de théorie générale de la récidive, qui cependant était presque toujours une cause d'aggravation de la peine ; et il faut reconnaître que le droit romain s'en passait facilement ; car, si nous mettons de côté l'époque des *judicia publica* où la peine était fixe, le magistrat

(1) Solon, § 19.

(2) Samuel Petit, *Leges atticæ περι των τιμών*

(3) Platon, *Lois arg.*, p. 95.

(préteur) dès qu'il eut à connaître des infractions dans ce qu'on appelait les *congitiones extraordinariæ*, avait la faculté, même en dehors des cas où la loi elle-même édictait une aggravation, d'augmenter ou abaisser arbitrairement la peine que souvent il choisissait à sa guise suivant les circonstances (1). Il y avait même des cas où indirectement, il est vrai, c'était une sorte de récidive générale que la loi punissait (2); les condamnés aux mines (*ad metallum*) qui devenaient *servi pœnæ* (3), les individus devenus *infames* à la suite d'un jugement (4), étaient au cas d'infraction punis plus sévèrement; or la plupart des crimes graves entraînaient la condamnation aux mines ou faisaient perdre l'*existimatio*.

Mais les textes posent encore eux-mêmes dans un grand nombre de cas le principe de l'aggravation et la fixent, mais toujours pour la récidive spéciale (5); nous en citerons quelques exemples: les jeunes gens qui favorisent les émeutes sont punis pour la 1^{re} fois de la fustigation, pour la 2^e de l'exil et en cas de persistance prononcée de la mort (6); la peine était aussi augmentée en cas de récidive spéciale « *si in iisdem sceleribus perseveret* » pour le fonctionnaire coupable de percevoir plus que l'impôt (loi 1. Code, *de super-exactoribus*, X, 20), pour le juge prévaricateur (loi 8, Code, *de excusationibus munerum*, X, 47), pour celui qui prend sciemment à son service un esclave fugitif,

(1) Lois 13 et 16, § 1, Dig., *De pœnis*, XLVIII, 19.

(2) M. Ortolan, *Éléments du droit pénal*, p. 541.

(3-4) Loi 28, § 16, Dig., *De pœnis* : « *Majores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos, famosos quam integre famæ homines, punierunt.* »

(5) MM. Chauveau et F. Hélie, *Théorie du droit pénal*, t. 1, p. 284.

(6) Loi 28 § 3, Dig., *De pœnis*.

(loi 4, Code, *de servis fugitivis*, VI, 1), pour le fils qui manque aux devoirs de la piété filiale (loi 3, Code, *de patriâ potestate*, VIII, 47) pour les devins qui se font passer pour inspirés (Paul. Sent. 5, XXI, § 1) et au Bas-Empire en matière religieuse les relaps étaient punis plus rigoureusement que ceux qui tombaient pour la première fois dans l'hérésie (Code, *de hæreticis*, I, 5). — Toutefois les Romains prenaient soin d'avertir lors de la 1^{re} condamnation que le châtiment serait plus sévère au cas de récidive (1), et ils ne considéraient pas avec raison comme suffisant le simple avertissement si vague de la loi en dépit de la maxime : *nemo censetur ignorare legem*. Observons encore, ce que n'ont pas fait assez ressortir les commentateurs Godefroy et Accurse, que la loi romaine exigeait comme premier terme de la récidive une première condamnation ; « *si ita correcti* » dit la loi 28, § 3. Dig. *de pœnis*. — Quant aux moyens de constater la récidive, ils n'étaient pas inconnus à Rome : c'était le système barbare de la marque (2) qui s'est perpétué jusqu'à une époque récente ; on la réservait spécialement aux esclaves, quelquefois aux citoyens. Appliquée d'abord sur le front, elle le fut ensuite sur les mains ou sur l'épaule ; cette réforme due à l'influence du Christianisme fut opérée par une Constitution de Constantin (loi 17, Code *de pœnis*, IX, 47).

Les Romains, si sévères dans la répression des infractions et surtout de la récidive, ignoraient l'effet salutaire que pouvait produire, quant à l'amendement des coupables, l'espoir d'être relevé aux yeux de leurs concitoyens, et cependant la réhabilitation fut pratiquée par eux dès l'origine. Nous laissons immédiatement

(1) Loi 1, Dig., *De jure patronatûs*, XXXVII, 14.

(2) D'après la loi *Julia*, le calomniateur était marqué d'un K.

de côté deux autres institutions, qui ayant quelque analogie ne doivent cependant pas être confondues avec la réhabilitation appelée *in integrum restitutio damnatorum*. Ces deux institutions étaient l'*abolitio*, simple ajournement d'une procédure criminelle qui avait lieu pendant certaines fêtes, et l'*indulgentia*, ou remise de la peine sans réhabilitation et dont étaient exclus les récidivistes (1). Quant à la réhabilitation ou *in integrum restitutio*, elle était à Rome un acte de faveur et non de justice, en dépit des stoïciens qui s'étaient efforcés de faire prédominer les idées de Platon (2).

Cela se comprend fort bien avec un droit pénal qui n'avait que des peines dégradantes et ne cherchait jamais à amender. Aussi cette institution était-elle la plupart du temps une mesure politique à la merci des passions populaires ou du bon vouloir des dictateurs (3). L'*in integrum restitutio* appartient, suivant les fluctuations politiques, tantôt au peuple dans ses comices sur la proposition du Sénat, tantôt au Sénat seul, tantôt au peuple seul dans ses comices par tribus, enfin à l'Empereur et au Sénat, mais celui-ci en réalité enregistrant passivement la volonté impériale. L'effet d'une réhabilitation consistait à rendre la presque totalité des droits publics ou privés qu'avait fait perdre la condamnation. La

(1) *Constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius* (Loi 3 Code, de *episcopali audientiâ*, I, 4.)

(2) Aulu-Gelle, VI, 14. — Sénèque (*De Clementiâ*, I, 2) veut qu'on distingue les incorrigibles des autres et qu'on guérisse tous ceux qu'on pourra.

(3) L'histoire romaine en fournit beaucoup d'exemples. Le retour de Camille alors que Rome était assiégée par les Gaulois (Tite-Live, I, V, § 46); le rappel de Popilius exilé par Caius Gracchus (Cicéron, *Ad Senatam*, 45), celui de Cicéron lui-même (Cicéron, *in Pisonem*, 15) etc., ne sont que de véritables *in integrum restitutiones*.

mort et l'*interdictio aquæ et ignis* sous la République, les peines appelées capitales qui entraînaient une *maxima* ou une *media capitis deminutio* (perte de la vie, de la liberté ou de la cité) et l'infamie qui s'attachait dans certains cas à des peines non capitales sous l'Empire, frappaient le condamné d'un assez grand nombre d'incapacités que nous ne voulons pas énumérer, mais qui se résument dans la *capitis deminutio*. Or la *restitutio* jouait à leur égard en quelque sorte le rôle du *jus postiliminii* auquel du reste beaucoup de textes le comparent (1). Nous ne pouvons, on le comprend, entrer dans le détail; observons cependant que la *restitutio* opérait d'une manière moins complète; car les droits successifs ouverts au profit du condamné pendant la condamnation ne renaissaient pas; la rétroactivité était au contraire plus largement appliquée au captif de retour. Nous résumerons leurs effets: ces deux institutions faisaient revivre les droits politiques (*jus suffragii*, *jus honorum*), les droits d'agnation (*patria potestas*, tutelle légitime, hérédité légitime, *jura patronatûs*), ceux de succession attachés à la cognation, le droit de tester, et le testament antérieur à la condamnation ou à la captivité, les droits d'usufruit, d'usage, les créances, les dettes; mais elles ne font pas revivre le testament fait en captivité ou pendant la peine, la possession perdue, le mariage dissous à moins d'un nouveau consentement de l'autre conjoint.

Nous venons de dire que la réhabilitation romaine était une institution de faveur, presque toujours une mesure politique. Le Christianisme en montant sur le trône des Empereurs apporta l'idée du re-

(1) Loi 23, pr., Dig., *De captivis*; loi 2, Code théodosien, *De repudiis*.

pentir qui efface la faute (1). C'est le fond même de l'Évangile. C'est à lui, qu'au Bas-Empire on doit la prohibition des flétrissures avilissantes qui rendent impossible tout amendement (2), et Justinien, sous la même influence, accorde aux femmes de mauvaise vie repentantes la possibilité de contracter mariage, ce qu'elles n'avaient pas auparavant (3). C'est donc une idée toute chrétienne qui guide, peut-être à leur insu, les partisans de notre nouveau système pénitentiaire, et nous aurons encore l'occasion de voir l'Eglise mettre en pratique à des époques réputées barbares des réformes qui sont aujourd'hui pour la première fois à l'ordre du jour.

3° ANCIEN DROIT FRANÇAIS. — Depuis l'invasion des barbares, jusqu'à l'époque du complet fonctionnement du système féodal, on a peu de renseignements sur ce qui concerne la récidive. On trouve de rares hypothèses d'aggravation de peine due à cette cause dans la *lex romana Visigothorum* (4). Les textes de quelques capitulaires des premiers rois francs, qui nous sont parvenus, sont assez peu clairs pour qu'on doive se demander si pour le larcin, seul délit dont la réitération soit prévue, c'est le cumul ou la récidive qui est punie (5). Sous le règne de la féodalité, de même qu'en droit romain, longtemps la récidive spéciale fut la seule prévue. La répression de la récidive générale ne pouvait être organisée, on le comprendra, à une époque où il y avait autant de légis-

(1) St Mathieu, IX, § 12, 13; XVIII, § 11; XV, § 24; St Jean, VIII, § 11.

(2) Abolition de la marque sur le front. Const. de Constantin (318 ap. J.-C.)

(3) Loi 23, Code de Nuptiis, V, 4.

(4) Liv. 6, tit. 2, frag. 5. — liv. 8, tit. 6, frag. 2.

(5) Capitul. de 744; Capit. de Childebert, III, 779; Capit. de Charlemagne, 801.

lations et de juridictions que de seigneuries, et ce ne fut que dans les deux derniers siècles de l'ancien régime que le développement de l'autorité centrale permit de l'organiser. L'esprit général qui ressort de l'ensemble des lois pénales d'alors est caractérisé par la cruauté des peines et leur disproportion avec le plus ou moins de gravité des récidives spéciales qu'elles voulaient réprimer, et par une gradation correspondant à chaque nouvelle récidive. Mais de théorie générale raisonnée, il n'en faut pas chercher. Nous nous bornerons à en citer quelques exemples. Les plus anciens documents de ce genre sont les Assises de Jérusalem (1); ex.: le sarrasin qui bat un chrétien est fouetté et banni; s'il récidive, il est pendu (chapitre 241). Dans les établissements de Saint Louis, les voleurs de socs de charrue ont, la première fois, l'oreille coupée, la deuxième fois, le pied, la troisième, ils sont pendus (2), celui qui blasphème est marqué au front avec un fer chaud, au cas de récidive on lui perce la langue, châtiment que le pape Clément IV trouva barbare et remplaça par les verges ou la prison; mais Philippe de Valois revint à la sévérité de Saint Louis et augmenta graduellement les mutilations jusqu'à la 5^e récidive. Le vol était tout particulièrement prévu par les coutumes (3). Une ordonnance du roi Jean (1454) ordonna l'expulsion de Paris avant 3 jours des gens sans aveu; la rupture de ban est punie d'emprisonnement pour la première fois, du pilori et de la marque au front à la première récidive, du bannissement à la 2^e. L'ordonnance de

(1) Chap. 241, 258, 322.— Pour les voleurs (*Cour des bourgeois*, chap. 268, 229).

(2) Chap. 24.

(3) Ex : *Coutume de Bourgogne*, (art. 5, chap. I^{er}).

Blois (1498) donne aux baillis et sénéchaux le droit de prononcer contre les vagabonds la torture et même la mort ; sous François I, c'est la roue (déclaration du 1^{er} janvier 1534) ; les ordonnances des 18 avril 1558, 4 février 1567, 30 mars 1635 et 25 juillet 1700 édictent, suivant le nombre des récidives, le hart, le fouet, la marque, la prison ou les galères. Les blasphémateurs sont tout particulièrement visés par une déclaration de juillet 1666.

Citons encore, parmi beaucoup d'autres, et punissant la récidive spéciale, les ordonnances de 1669 sur la chasse, de 1680 sur le faux-saunage, de 1536 sur l'ivrognerie, les déclarations de 1724 sur le vol, de 1729 sur la contrebande, enfin l'édit de 1729 (a. 12) contre le duel.— La marque était aussi une peine qui s'ajoutait au cas de récidive ; le mendiant récidiviste était marqué d'une M (déclaration du 8 juillet 1724, a. 8) ; le voleur, d'un V ; le vagabond, d'un W (déclaration du 4 mars 1724) ; les condamnés aux galères portaient les lettres GAL ou R ou une fleur de lys. La récidive avait encore pour effet de soustraire ceux qui en étaient coupables à leurs juges ordinaires, les baillis ou sénéchaux, pour être jugés par la juridiction militaire inflexible des prévôts des maréchaux (1). Dans les mêmes circonstances le juge devait prononcer la perte des droits civiques. Enfin, nous ne parlerons ici que pour mémoire de la transportation, dont l'origine remonte à cette époque ; nous en réservons l'histoire, quand nous aurons à parler de cette peine spéciale organisée sous le nom de *relégation* par la loi du 27 mai 1885.

Comme on le voit, « l'esprit de l'ancien droit pénal

(1) Ordonn. de Louis XIV, 1670, tit. 1, art. 12, et déclaration 5 janv. 1731, a. 2.

respire la vengeance ; aussi la peine est brutale ; elle frappe, n'espérant aucun retour au bien de la part de l'accusé et laissant les condamnés dans la promiscuité la plus dangereuse (1). » Quoi d'étonnant alors, si l'idée de la *peine réformatrice* a été inconnue à cette époque ; rien n'était fait pour prévenir la récidive par l'amendement, et les condamnés ne sortaient de prison que démoralisés ou plus endurcis (2). Et cependant, il faut reconnaître que la libération conditionnelle existait ; malheureusement, elle ne reposait pas sur l'idée-mère de cette institution, la récompense acquise par l'amendement et constituant un droit, au lieu d'être une faveur. Dès le XVIII^e siècle le ministre de l'Intérieur, outre le droit de grâce, avait celui d'accorder des *brevets ou passe-ports de congé* aux galériens qu'il jugeait dignes : *brevets* qu'il pouvait toujours révoquer, selon son bon plaisir (3). — Quant à la réhabilitation, il n'est pas probable que la *restitutio* romaine ait complètement disparu sous les rois de la première race ; mais elle s'y confondait avec la grâce et l'amnistie, selon le bon plaisir du peuple à qui, suivant la tradition germanique, elle était réservée (4). Lors de la renaissance du droit romain, toutes ces mesures furent attribuées au roi, à l'exemple des empereurs

(1) Roland, thèse 1880, *Esprit du droit pénal aux différentes époques*. — Voir : *Observations sur les lois criminelles en France*, par Philpin de Piépape. Paris, 1789-1790, (Cet auteur, né à Langres en 1731, y est mort en 1793 dans la prison où la Convention l'avait fait enfermer comme royaliste).

(2) Le système pénitentiaire nouveau, avec l'amendement pour but, a été appliqué dès 1703 par le pape Clément XI dans les prisons de St-Michel (M. Guizot, leçon VI, p. 118 et 119 Bruxelles, 1840).

(3) M. Bonneville de Marsangy, *De l'amélioration de la loi, criminelle*, t. 1.

(4) Charlemagne demanda au peuple franc assemblé la grâce de Tassillon (Eginhard, I, XXVI, 1).

romains, sans recevoir de réglementation; elles prennent différents noms : tantôt ce sont des *lettres de justice*, pour les cas qui sont aujourd'hui des causes d'excuse légale; tantôt des *lettres de commutation de peine*, analogue à la grâce chez nous; tantôt des *lettres d'abolition*, sorte d'amnistie; tantôt enfin des *lettres de réhabilitation*, rendant, après que le condamné avait subi sa peine et payé les amendes et dommages-intérêts civils « la vie civile qu'il avait perdue par une condamnation capitale ou l'état de bonne renommée qu'il avait perdu par une condamnation infamante, » (Pothier, *Procéd. crim.*, sect. VII) et applicable même à la mémoire des morts(1). Les deux exemples les plus frappants sont celui des enfants du duc de Nemours, que Charles VIII réhabilita en 1491 contre les conséquences que leur avait fait encourir la condamnation de leur père sous Louis XI pour crime de lèse-majesté (2), et la réhabilitation de la mémoire de feu le connétable de Bourbon accordée par des lettres de François I^{er} en mai 1530 (3).

4^o DROIT INTERMÉDIAIRE. — De l'excès dans la répression la Révolution de 1789 fit passer la législation pénale sur la récidive à l'excès contraire. Les mesures contre les récidivistes se réduisirent, à peu de choses près, à des mesures préventives et à l'idée d'en débarrasser la France continentale. L'Assemblée constituante sépara les crimes d'une part et les délits et les contraventions d'autre part. Deux lois les réglementèrent. La première en date, la loi des 19-22 juillet 1791, sur la police municipale et correctionnelle, ne

(1) Voir : Rousseau de Lacombe, *Mat. crim.*, p. 520. Jousse, *Traité de just. crim.*, t. II, p. 414.

(2) *Collection Isambert*, t. XI, p. 198.

(3) *Collection Isambert*, t. XII, n^o 171.

prévoit que la récidive spéciale et, se borne à élever la peine de l'amende au double avec affichage du jugement aux frais du condamné (1) ; et le Code de Brumaire an IV exige pour les contraventions que le premier jugement ait été rendu dans les douze mois précédents et dans le ressort du même tribunal ; enfin la loi du 25 Frimaire an VIII (art. 15) fixa à trois ans le délai pour la récidive des délits. Pour les crimes il n'y eut pas d'aggravation légale ; la loi du 25 septembre 1791 (titre 2, art. 1) se contente de dire que tout récidiviste en matière criminelle sera déporté dans un lieu qui fut déterminé par la loi du 11 Brumaire an II (Fort de la loi, ci-devant fort Dauphin, dans l'île de Madagascar). Cette transportation fut aussi édictée contre les mendiants et les vagabonds, après une deuxième ou troisième récidive, par la loi du 24 Vendémiaire an II. Mais cette mesure, dont les guerres maritimes empêchèrent l'application, dut être remplacée en pratique par une détention facultative pour le juge et dont le maximum était de six années. Enfin une loi du 23 Floréal an X rétablit pour tout condamné récidiviste de toute catégorie la marque sur l'épaule (R), comme moyen de constater son identité.

Mais si la récidive fut peu punie, des mesures préventives furent prises par le législateur révolutionnaire avec une générosité parfois peu réfléchie, et l'expérience vint souvent détruire ses illusions. En dehors de la transportation, que les rédacteurs des lois de cette époque regardaient moins comme une peine que comme une mesure de débarras, l'Assemblée Constituante avait conçu les plus généreux projets pour attaquer le mal dans une de ses causes, la mi-

(1) Tit., 1, a, 27.

sère qui mène au vagabondage et au délit ; mais elle ne put que édicter des mesures provisoires, comme le décret du 16 décembre 1790 accordant un crédit de 15.000.000 pour l'ouverture d'ateliers de charité. Plus tard des maisons de travail furent créées dans les départements par les lois des 19 mars et 28 juin 1793 ; et la loi du 24 Vendémiaire an II elle-même, qui édictait contre les vagabonds la transportation, organisait des travaux de secours pour les indigents. Mais la mesure sur laquelle la loi avait fondé le plus d'espoir était la réhabilitation, qui fut réglementée par le Code pénal de 1791. Quoiqu'on la considérât comme une œuvre de justice en faveur du condamné repentant, on n'en fit cependant pas un droit certain. « Le remords peut pénétrer dans l'âme du coupable, disait Lepelletier de Saint-Fargeau (1), et il nous a semblé que c'était une conception digne des législateurs de présenter au condamné l'espoir de renaître un jour à l'honneur par la pratique de la vertu... Il est convenable que sa réintégration ne soit point un droit ouvert et certain, mais plutôt une espérance, une faculté que lui présenteront des efforts à faire et un prix à obtenir. » Dans le but de la faciliter, la Constituante abolit les peines perpétuelles et la marque qui pouvaient à raison de leur perpétuité rendre impossible l'amendement (2). Malheureusement l'Assemblée nationale avait rêvé une utopie et n'avait pas tenu compte d'une opinion publique qui ne pardonne pas ; à la longueur d'une épreuve qui durait dix ans, au tort d'avoir laissé la décision sur cette faveur à l'arbitraire d'une municipalité offrant beaucoup moins de garanties que le pou-

(1) Rapport sur le projet de Code pénal présenté à l'Assemblée Constituante (*Moniteur* des 23, 29 mai et 1^{er} juin 1791).

(2) Locré, t. XXIX, p. 22.

voir judiciaire, l'Assemblée nationale ajouta celui d'avoir entouré son institution d'une série de formalités, d'une solennité que devaient surtout redouter les condamnés (1). Aussi la réhabilitation fut-elle non pas une institution pratique, mais un pur objet de luxe au milieu des dispositions législatives de l'époque. Cette même assemblée avait encore, dans le but de rabaisser la royauté, aboli le droit de grâce, sans se rendre compte qu'en réalité c'était une institution d'intérêt social qui répare les erreurs possibles et, quoique ce ne soit pas son but véritable, n'en favorise pas moins l'amendement. Le droit de grâce, rétabli au profit du premier Consul par le sénatus-consulte du 16 Thermidor an X, a toujours existé depuis et est réservé aujourd'hui au Président de la République. (Loi constitutionnelle du 25 février 1875, art. 3.)

C'est pendant la période révolutionnaire que nous voyons apparaître pour la première fois dans notre législation pénale une institution qui joue à la fois le rôle de peine pour le condamné et de mesure préventive de la récidive; nous voulons parler de la surveillance de la haute police. Inconnue avant la Révolution, repoussée par les législateurs de 1791, elle fit sa première apparition en matière politique dans le sénatus-consulte du 28 Floréal an XII (18 mai 1804) au cas d'acquittement en haute cour de justice (art. 131); mais elle passa bientôt dans le droit commun. Un décret du 19 Ventôse an XIII (10 mars 1805) interdit aux forçats libérés le séjour des places de guerre et des localités situées dans un rayon de 3 myriamètres sur la frontière, et les obligea à déclarer le lieu de leur résidence. Enfin un décret du

(1) Ces formalités sont énoncées dans la loi des 25 sept. — 6 oct. 1791, 1^{re} partie, tit. VII, art. 1 à 8.

17 juillet 1806 les éloigna de Paris, des résidences impériales et des grandes villes, et autorisa le ministre de la police à leur en interdire d'autres ou même à leur assigner leur séjour. Nous aurons prochainement l'occasion de montrer comment cette mesure devint en pratique une cause de récidive au lieu d'être un remède.

CONCLUSION ET DIVISIONS. — Maintenant que nous sommes fixés sur les principes qui doivent régir la loi pénale en matière de récidive, maintenant que nous connaissons comment elle a été réglementée avant notre législation actuelle, nous pouvons entrer dans l'étude de cette dernière, la juger et voir si elle constitue ou non un progrès sur les précédentes. Nous sommes actuellement régis en cette matière par deux législations qui vivent côte à côte sans se confondre, le Code pénal de 1810 et les lois postérieures qui l'ont modifié ou complété, d'une part, et d'autre part, la législation nouvelle qui a été inaugurée par les lois des 27 mai et 14 août 1885. Il faut cependant observer que ces deux dernières lois ont modifié complètement certaines institutions qui dataient de l'époque antérieure comme la surveillance de la haute police et la réhabilitation ; en conséquence, l'étude que nous ferons de ces deux institutions dans la première période n'aura en réalité que la valeur d'un exposé historique. La division de cette étude s'impose : dans une *première partie* nous traiterons des moyens répressifs et préventifs de la récidive depuis nos Codes pénal et d'instruction criminelle jusqu'aux lois de 1885 ; nous avertissons toutefois que cette étude sera moins une étude approfondie qu'une vue d'ensemble qui nous mette à même de comprendre à quels besoins répondaient les réformes

de ces dernières années et d'avoir une idée générale des mesures prises par notre législation pour déraciner ce mal qui ronge notre société moderne. La *seconde partie*, qui a été, disons-le, le but principal de notre travail, étudiera les questions multiples qui ont été soulevées à l'occasion des lois du 27 mai et du 14 août 1885. Nous aurons à apprécier ces nouvelles mesures; bien des reproches leur ont déjà été faits; nous essaierons de nous prononcer, et, si nous venons à nous égarer, il n'y aura eu du moins de notre part ni blâme ni approbation faites de parti pris. Notre but sera le même que celui du législateur de 1885; chercher avec la plus grande sincérité le remède à la récidive; si nous nous trompons, nous demanderons qu'on nous tienne compte de notre intention, de la même façon que nous applaudissons sans réserve aux efforts du législateur, sans lui faire un crime de ses erreurs.

PREMIÈRE PARTIE

DES MOYENS RÉPRESSIFS ET PRÉVENTIFS DE LA
RÉCIDIVE D'APRÈS LE CODE PÉNAL ET LES LOIS
ANTÉRIEURES A 1885

CHAPITRE PREMIER

MOYENS RÉPRESSIFS

Cinq questions principales doivent être examinées, pour avoir une idée complète dans son ensemble de l'état de notre législation sur les moyens de réprimer la récidive employés pendant la période qui a précédé les lois de 1885 : 1° Quelle est la nature de cette circonstance aggravante, la récidive, telle du moins qu'elle résulte de cette partie de notre législation pénale; 2° Quelles sont les conditions de la récidive punissable; 3° Quels en sont les effets; 4° Comment s'en administre la preuve et à qui incombe-t-elle; 5° Exceptions aux règles ordinaires de la récidive? On voit que le code pénal seul, même avec les modifications profondes que les lois postérieures ont incorporées dans son texte, ne suffit pas pour répondre à toutes ces questions; c'est dire que nous aurons à parler d'au-

tres lois spéciales qui le complètent en ce qui concerne la répression de la récidive. Ajoutons enfin, avant de commencer, que les lois nouvelles laissent subsister la législation antérieure dans sa plus grande partie et que nous réservons pour la seconde partie de cette étude les modifications qu'elles y ont apportées.

ARTICLE PREMIER

Nature de la récidive

L'esprit général qui a guidé les rédacteurs du Code de 1810 est depuis longtemps jugé et condamné. Se plaçant à l'unique point de vue de l'utilité, et faisant entrer dans leur œuvre les idées de Bentham sur le droit de punir (1), les législateurs d'alors établirent un système de peines d'une sévérité excessive, et on comprend facilement qu'au cas de récidive ils aient parfois dépassé toute mesure, préoccupés qu'ils étaient des dangers exagérés quelquefois dont ce mal était pour eux la cause certaine. Cette idée fausse amenait fatalement l'adoption d'une théorie formidable en matière de récidive, et nous avons eu les principes généraux qu'on va voir, qui sont à peu près tous contraires à ceux que le droit rationnel enseigne. Ce que nous avons dit dans notre introduction nous dispensera de critiquer à nouveau cette théorie du Code pénal; à part quelques exceptions que nous signalerons, la récidive générale est punie, la peine change

(1) « Ce qui justifie la peine, c'est son utilité, ou pour mieux dire, sa nécessité. » (Traité de législation civile et pénale de Bentham). « Que les crimes soient prévenus, voilà ce qui est d'une haute importance; la gravité des crimes se mesure donc non pas tant sur la perversité qu'ils annoncent que sur les dangers qu'ils entraînent. » Locré, t. XXIX, p. 8.

de nature ; le récidiviste est traité avec la dernière rigueur ; et jamais l'idée ne vient au législateur en l'édicant de se demander si elle ne sera pas en opposition manifeste avec les règles de la justice dont la notion doit toujours dominer dans une loi pénale.

Nous verrons les applications de ces idées au fur et à mesure que nous avancerons dans l'étude des conditions et des effets de la récidive. La question qui doit faire le fond de cet article 1^{er}, question de la solution de laquelle découlent de nombreuses conséquences pratiques, est celle de savoir quelle est d'après le Code pénal la nature de cette circonstance aggravante, la récidive.

Deux idées ont été émises comme réponses à cette question. Dans une *première opinion* on dit que la récidive est une circonstance aggravante de la seconde infraction, en ce qu'elle dénote une persistance à violer la loi, une incorrigibilité qui augmente la criminalité de l'acte coupable ; et si la peine est aggravée, l'augmentation est la conséquence même de cette perversité plus profonde chez l'agent du délit. La *seconde opinion* y voit une circonstance aggravante non de l'infraction considérée en elle-même, mais de la peine ; la criminalité intrinsèque du second fait coupable n'est nullement augmentée ; le vol, si c'est un délit de ce genre, n'aurait pas une gravité plus considérable par le seul état de récidive.

L'intérêt de cette question se présente surtout quant aux conséquences pratiques. Pour ceux qui sont partisans de la première idée, la question de récidive devra être tranchée par les juges de la culpabilité, les juges du fait, par ceux qui apprécient tous les éléments de l'infraction, ses circonstances aggravantes ou atténuantes ; ces juges, si c'est une infraction du ressort

de la Cour d'assises, seront donc les jurés et non la Cour. Si au contraire on admet, avec la seconde opinion, que la récidive est une circonstance aggravante de la peine, c'est la Cour, qui prononce la peine, qui jugera la question de récidive, et non pas le jury (1).

Pour se prononcer dans cette question, il faut en réalité répondre à deux : quelle est l'opinion qui ressort du Code pénal ? puis quelle est l'opinion préférable, autrement dit, la solution du Code est-elle bonne ? Avant la rédaction même du Code de 1810, la Cour suprême avait tranché la question dans le sens de la première opinion et déférait au jury le jugement de la question de récidive (2). C'est encore l'opinion soutenue depuis la rédaction du Code par Hauss (3). Mais la majorité des auteurs et la jurisprudence de la Cour de cassation (4) se sont ralliés à la seconde opinion, et avec raison, car telle est bien l'idée du législateur. Pour qui connaît, en effet, le principe qui l'a guidé, il est évident que le Code n'a pas mesuré l'aggravation à une perversité plus grande qui le préoccupait beaucoup moins que l'inefficacité de la première peine, que le danger dont il s'exagérerait parfois l'importance et qui le poussait à ne se préoccuper que de la peine, c'est-à-dire du but à atteindre dans la répression, l'intimidation cela ressort de la manière dont il procède ; il ne s'occupe ni du fait ni de sa moralité ; pour lui la peine est tout, elle est sa seule préoccupation, quand il veut déterminer les cas de récidive punissable et le tarif à

(1) En dehors de la question de principe qui va avoir plus loin sa solution, on a fait valoir en faveur de la compétence de la Cour que la récidive soulève une simple vérification matérielle que la Cour fera mieux que le jury.

(2) Arr. cass., 18 floréal an VII.

(3) *Traité du droit pénal*. T. 2, n° 883.

(4) Depuis un arrêt du 11 juin 1812.

appliquer. L'interprétation de la loi est donc bonne ; mais la loi est-elle conforme au droit rationnel ? Nous n'hésitons pas à répondre non ; et en cela nous restons fidèle à nous-même ; n'avons nous pas dit que la légitimité de la récidive repose à la fois sur l'immoralité plus grande du coupable et la nécessité sociale en présence d'un individu que la peine primitive n'a pas corrigé ; si c'est là le double fondement de la sévérité dans la répression, il y a aussi un tempérament à cette sévérité, c'est que la peine est limitée à la gravité intrinsèque du fait ; et en conséquence nous avons repoussé toute loi pénale qui augmenterait progressivement la peine à chaque récidive jusqu'à modifier même la nature de la peine. Or la théorie contraire à la nôtre est prise dans cette alternative également blâmable : ou ne baser l'aggravation de peine que sur l'utilité sociale, comme l'a fait le Code de 1810, et alors augmenter régulièrement à chaque récidive nouvelle jusqu'à la peine de mort, s'il le faut, une peine dont chaque récidive nouvelle prouve l'impuissance ; ou bien être illogique, en donnant pour fondement à l'aggravation la double idée ci-dessus indiquée et en ne tenant compte dans la fixation pratique du tarif que du second élément, l'insuffisance de la peine, l'utilité sociale, abstraction faite du premier élément, la plus grande perversité. Observons en outre que notre opinion donne satisfaction aux deux idées qui légitiment la répression de la récidive : c'est une circonstance aggravante de l'infraction, c'est-à-dire, de la culpabilité, qui a pour conséquence d'aggraver la peine dont l'insuffisance est démontrée.

ARTICLE II.

Conditions de la récidive punissable

Une distinction radicale s'impose entre les délits et les crimes d'une part et les contraventions d'autre part. Le législateur de 1810 l'a nettement formulée en n'admettant pas la possibilité d'une récidive de contravention à délit ou à crime, et en fixant des conditions toutes différentes pour la récidive de contravention à contravention. C'était là un commencement de spécialisation que le législateur aurait dû sagement appliquer dans les autres cas ; c'est dire que cette mesure se comprend et se justifie d'elle-même.

1° CONDITIONS DE LA RÉCIDIVE POUR LES DÉLITS ET LES CRIMES. — Des trois textes qui la règlent dans notre Code pénal (art. 56, 57 et 58) ressort nettement la nécessité d'une première condamnation ; car, ce que la société doit surtout réprimer, c'est le mépris de la loi qu'indique le fait par le coupable de n'avoir pas tenu compte d'un premier avertissement. En cette matière notre Code est d'accord avec le droit naturel et toutes les législations modernes pour établir une différence au point de vue de la pénalité entre le cumul d'infractions et la réitération d'un délit après une première condamnation. La nature même des choses ajoute à cette première condition un second fait punissable. Mais quels caractères doivent revêtir et la première condamnation et le deuxième fait ?

1° *Première condamnation.* — A. Elle doit être *pénale*, c'est-à-dire que l'avertissement donné doit être une véritable peine ; ce caractère, qu'il semble naïf d'énoncer, est cependant à noter, pour éviter une confusion possible ; car il exclut comme base d'une récidive punissable les dommages-intérêts qui ont pu être

la sanction civile d'un délit dommageable, les peines disciplinaires qui peuvent frapper certains officiers ministériels ou fonctionnaires, le placement dans une maison de correction dans l'hypothèse d'un mineur acquitté pour avoir agi sans discernement (a. 66) ; toutes choses qui, quoique afflictives pour celui qui en est frappé, ne sont pas de véritables peines dans le sens juridique.

B. — La condamnation doit être *définitive*. Cette condition dont les textes ne parlent pas est commandée par la raison ; car l'avertissement exigé pour l'état de récidive n'existe pas tant que la condamnation n'est pas définitive, puisque celle-ci peut être mise à néant par une voie de recours. En conséquence, la récidive n'existe pas si le second fait se produit pendant les délais de l'appel, de l'opposition ou du pourvoi en cassation (1). Ainsi, si c'est une condamnation correctionnelle contradictoire, la récidive ne sera pas possible pendant le délai d'appel (10 jours) (2) augmenté du délai de pourvoi en cassation (3 jours) (3), et au cas d'appel, pendant le délai du pourvoi en cassation (4) ; si la condamnation pour délit a été prononcée par défaut par le tribunal correctionnel, pas de récidive possible pendant le délai de l'opposition (5 jours ou 5 ans) (5), augmenté du délai du pourvoi en cassation au cas où les délais de l'opposition et du pourvoi

(1) Arr. cass., 6 mai 1826, Sir., 1827, 1. 160.

(2) A partir de la prononciation du jugement (a. 203 du Code d'instruction criminelle).

(3) Art. 373 du Code d'inst. crim.

(4) 3 jours à partir de la prononciation de l'arrêt.

(5) Il faut que le jugement ait été signifié et alors, suivant qu'il l'aura été à personne ou à domicile seulement, le délai d'opposition sera de 5 jours à dater de la signification ou de 5 ans à dater de l'expiration du délai d'appel (lequel délai lui-même, ne court que du jour de la signification), art. 187, 203 et 636 combinés. (Code d'inst. crim.).

additionnés excèdent les dix jours pendant lesquels l'appel est possible, et si c'est un arrêt par défaut rendu par la Chambre des appels de police correctionnelle, pendant le délai d'opposition (5 jours ou 5 ans) augmenté du délai de pourvoi (3 jours); — s'il s'agit d'une condamnation prononcée par une Cour d'assises, elle deviendra définitive après l'expiration du délai du pourvoi en cassation (3 jours) (art. 373, C. I. C.) si l'accusé est présent; au cas de contumace, après les 20 années qui sont données au contumace à dater de l'arrêt pour se représenter (a. 476, C. I. C.) M. Faustin Hélie a critiqué cette dernière solution, prétendant qu'il y avait injustice à appliquer les peines de la récidive à des individus dont la culpabilité ne serait pas absolument démontrée et qu'un châtiment non subi du reste n'a pas pu réformer; critique mal fondée puisque celui qui se sauve fait l'aveu implicite de sa culpabilité.

D'autres auteurs se sont élevés contre cette condition mise à la condamnation; exiger qu'elle soit définitive, n'est-ce pas permettre au condamné de commettre de nouveaux méfaits pendant les délais ci-dessus énumérés sans crainte d'augmentation pour cause de récidive? Répondons que dans le plus grand nombre de cas le condamné sera prisonnier et dans l'impossibilité de nuire, et que du reste un nouveau délit le constituerait en état de récidive de fait que les juges pourront toujours réprimer par l'application du maximum; il n'y a donc aucune bonne raison pour faire échec au principe rationnel dont nous venons de parler. Cependant le législateur, dans quelques cas, a lui-même déjoué de pareils calculs en permettant d'appliquer la récidive en pareille hypothèse à partir des poursuites engagées ou du procès-verbal consta-

tant la première infraction; ex. : loi du 3 mai 1844 sur la chasse, art. 17; loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, art. 27.

C. — Il faut que la première condamnation soit *antérieure* au fait qui motive la deuxième poursuite ; donc, si ce fait, antérieur à la première condamnation, n'a été poursuivi après que parce qu'on l'ignorait, il n'y aura pas récidive (1).

D. — La première condamnation doit être *existante* dans toute sa vigueur. Ceci nous amène à étudier l'effet que peuvent produire relativement à la récidive certains événements qui ont postérieurement modifié plus ou moins cette première condamnation : ce sont l'amnistie, la révision, la grâce, la prescription et la réhabilitation. L'*amnistie* efface la condamnation ; et même la faute, il n'y aura donc pas récidive. La *révision* qui constate une erreur annule tout et rend la récidive impossible (art. 443-447, C. I. C.). La *grâce* au contraire, qu'elle soit totale ou partielle, n'efface pas la condamnation mais la peine ; la récidive n'exige pas que la peine ait été subie ; la même solution s'appliquera donc à la *prescription de la peine*, la seule dont il puisse être question ici. D'après le Code pénal de 1810, la réhabilitation n'empêchait pas la récidive, car elle ne touchait pas à la condamnation ; son seul effet était d'enlever l'infamie et les incapacités accessoires (art. 634, ancien C. I. C.) (2), mais une loi récente du 14 août 1885, que nous aurons à étudier, a donné à la réhabilitation un effet extinctif absolu (art. 634, nouveau C. I. C.).

(1) Arr. cass. 13 juin 1857.

(2) En ce sens voir un arr. cass.. 6 février 1823, Sir., 1823, 1, 176. — M. Favart de Langlade a soutenu que la réhabilitation effaçait totalement la condamnation, en s'appuyant sur le texte

E. — La récidive est-elle possible si le fait qui a motivé la première condamnation n'est plus puni au moment de la deuxième infraction ? La question n'est pas oiseuse; elle s'est présentée en pratique après l'abrogation par la loi du 11 octobre 1830 de la loi du 20 avril 1825 qui punissait le sacrilège; un individu condamné avant 1830 pour sacrilège était-il en état de récidive s'il venait à commettre un crime quelconque après cette dernière date ? La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative (1), en s'appuyant sur les termes de l'article 56 qui s'attache au fait purement matériel d'une peine encourue; du reste la criminalité du fait s'apprécie d'après la législation en vigueur au moment de la condamnation qui à cette époque était juste. Cette solution que nous croyons consacrée par le texte du Code a été attaquée par M. Faustin Hélie; pour l'éminent criminaliste la réforme prouve que la loi s'était trompée, et il serait inique d'aggraver la peine pour une condamnation que les progrès de la loi pénale ont condamnée à son tour; ainsi en était-il sous la loi du 23 Floréal an X (a. 1) qui voulait que le fait, cause de la première condamnation, fut encore incriminé à l'époque de la deuxième infraction. Rationnellement, M. Faustin Hélie nous paraît avoir raison; car si nous prenons l'exemple du sacrilège, après 1830, un individu qui en commet un n'est pas punissable, et un autre verra la peine d'un autre crime aggravée, pourquoi ? parce qu'il a commis un sacrilège; une telle différence de

du Code pénal de 1761 (tit. 7, 1^{re} partie, a. 10) qui rédigé dans les mêmes termes que l'ancien article 634 du Code d'inst. crim. ajoutait : « fera cesser... *tous les effets* et toutes les incapacités...etc. » La seule différence de rédaction prouve la fausseté de cette opinion.

(1) Arr. cass., 19 août 1830. Dal., 1830, 1, 387.

traitement choque la raison et l'équité dont le respect s'impose surtout en matière pénale ; mais cette solution va à l'encontre du texte malheureusement formel de l'article 56. Il n'est pas inutile de noter que cette conséquence fâcheuse, possible au cas de l'admission de la récidive générale, ne peut pas se présenter si, conformément au droit rationnel, la récidive spéciale seule était punie : l'analogie que ce système demande entre les deux faits empêche que le second soit punissable alors que le premier ne l'est plus. — Qu'on n'objecte pas à l'opinion de M. Faustin Hélie l'autorité de la chose jugée; l'inscription dans le code d'instruction criminelle de la révision possible au cas d'erreur de fait prouve que ce principe n'est pas absolu ; pourquoi le serait-il en notre hypothèse ?

F. — Il faut que la première condamnation ait été prononcée par un tribunal français (1). Des auteurs ont soutenu que, la récidive étant l'indice d'une plus grande perversité, il importait peu que la première condamnation eût été prononcée par un tribunal étranger ou par un tribunal français, la perversité étant suffisamment démontrée par cette première condamnation. En théorie pure, et s'il n'y avait qu'une même loi pénale universelle, ces auteurs auraient raison : mais ils oublient trop que les nécessités sociales, la division de la terre en plusieurs nations souveraines et indépendantes, imposent cette règle universellement reconnue comme principe en droit international, c'est que la souveraineté d'un pays ne dépasse pas les limites du territoire, et que tenir compte d'une condamnation prononcée à l'étranger, c'est violer ce principe fondamental sur lequel il est à

(1) Arr. cass., 27 novembre 1828, Sir., 1829, 1, 16.

peine besoin d'insister ; la récidive, du reste, dénote le mépris persistant de la même loi, la loi nationale seule ; il faut que le premier avertissement vienne de celui qui frappe plus sévèrement au cas de rechute. Toute autre théorie aurait des conséquences inadmissibles, surtout au point de vue de notre Code qui punit la récidive générale ; comme il ne s'occupe que des peines prononcées et non de l'analogie des infractions, il pourrait arriver qu'un individu condamné à l'étranger pour un fait non punissable en France subirait néanmoins les peines de la récidive au cas de nouvelles condamnations dans notre pays.

G. — Le Code pénal qui, pour déterminer les effets de la récidive, se préoccupe de la peine, de sa nature et de son taux, en fait aussi dans certains cas une condition d'application. Quand la première condamnation a été d'une peine d'emprisonnement, soit pour crime soit pour délit, le Code exige qu'elle ait été au moins d'une année et un jour (art. 57 et 58) : au-dessous de ce taux, il n'y a pas d'aggravation légale, et le juge seul a dans la limite du maximum le pouvoir de tenir compte d'une récidive de fait. C'était une lacune grave que l'expérience s'est chargée de démontrer ; et l'effrayante augmentation des récidivistes qui n'étaient condamnés qu'à des peines de moins de 1 an, a dû amener le vote d'une loi spéciale qui les réprime et dont nous aurons à parler, la loi du 27 mai 1885. Ajoutons que c'était illogique, puisque la récidive était possible entre contraventions et ne l'était pas entre délits d'une gravité moindre, il est vrai, mais supérieure à de simples contraventions.

H. — Faut-il que la première condamnation ait été prononcée pour infractions prévues par le Code pénal lui-même ? ou doit-on tenir compte même d'une con-

damnation pénale prononcée par une loi spéciale ? En principe les articles 56 à 58 sont de droit commun en matière pénale et s'appliquent même aux infractions punies par des lois spéciales (1). Leur application était générale avant la loi de 1832 qui est venue y apporter une notable exception par l'adjonction à l'article 56 du paragraphe dernier actuel. Tout en partant d'une idée juste, qui est un hommage rendu au système rationnel de la récidive spéciale, le législateur de 1832 a créé malheureusement un système bizarre qui fait dépendre du pur hasard l'application de la récidive et établit ainsi entre des situations semblables des différences choquantes. Il a vu avec raison dans les Codes de justice militaire (2) des lois d'une nature spéciale où les mêmes faits, qui d'après le Code de 1810 sont de peu de gravité, deviennent des crimes, où les peines sont d'une sévérité parfois outrée, où le mot de *peine de mort* se répète plusieurs fois à chaque page, où enfin il existe des peines, comme celle des fers et des travaux publics, qui n'ont pas d'analogues dans le droit commun. Le rapprochement entre deux infractions, dont l'une était soumise à la juridiction des conseils de guerre, devait être fait avec la plus grande prudence, pour ne pas aboutir à une cruauté, et le législateur de 1832 a décidé dans l'article 56, dernier alinéa, qu'on n'appliquerait les peines de la récidive qu'autant que le premier fait, soumis aux tribunaux militaires ou maritimes, serait aussi réprimé par les lois pénales ordinaires.—Nous avons dit que cette réforme avait amené un système bizarre et injuste parfois : on s'en rendra

(1) Ex.: si le premier fait a été jugé par le Sénat en vertu de l'article 9 de la loi du 24 février 1875. — Voir en ce sens un arr. cass., 19 octobre 1833. Dal., 1833, 1, 357.

(2) Actuellement loi du 9 juin 1857 pour l'armée de terre et loi du 4 juin 1858 pour l'armée de mer.

compte aisément en parcourant les différentes situations qui peuvent se présenter. Elles sont nombreuses et se classent en deux catégories suivant que les deux condamnations émanent toutes deux de la juridiction militaire ou que l'une soit prononcée par un tribunal de droit commun. Dans la première catégorie se placent les situations suivantes : a) les deux faits, quoique soumis à un tribunal militaire, sont de droit commun et punis par le Code pénal ordinaire, on appliquera la récidive ; b) s'ils ont le caractère militaire et sont punis par les lois militaires seulement, ces lois n'admettent pas de récidive légale et la récidive judiciaire seule sera possible ; c) l'un des deux faits est militaire, l'autre de droit commun, alors le hasard décidera, et suivant que le fait de droit commun a été commis le premier ou le second, on n'appliquera pas ou on appliquera la récidive. — Si nous passons à la seconde catégorie, même bizarrerie : a) l'infraction est prévue et punie identiquement par le Code pénal ordinaire et par le Code militaire (1) la récidive s'appliquera ou non suivant que la deuxième condamnation émane du tribunal de droit commun ou du tribunal militaire à qui le Code de justice militaire ne permet pas d'appliquer la récidive, pure question de hasard ; b) la qualification du fait est identique dans les deux Codes mais la peine n'est pas la même (2) ; si c'est le tribunal militaire qui juge le second fait, pas de récidive pour la même raison que ci-dessus ; si c'est le tribunal de droit commun, pour nous la récidive trouvera son application. Cette solu-

(1) Ex. : la rébellion de deux militaires avec armes, punie de réclusion (art. 225, § 2, Code 1857), art. 211 C. pén.)

(2) Ex. : la rébellion de huit militaires ou plus avec armes est un crime puni de 5 à 10 ans de travaux publics. (a. 225, § 2 et 217, § 3 combinés. Code de 1857). La rébellion de civils dans les mêmes conditions est un crime puni de réclusion, (a. 211. C. pén.).

tion a cependant été contestée par M. Cauwès (1), sous ce prétexte que les lois militaires ont un but différant du Code pénal ordinaire et que la violation de ces lois ne démontre pas la résistance prolongée aux lois pénales ordinaires qui protègent la société. Il faut reconnaître qu'avec cette solution on arrive à l'exagération et à ne jamais appliquer la récidive, lorsqu'une infraction même punie par le droit commun est également prévue par les lois militaires ; c) si le second fait, déferé au conseil de guerre, quoiqu'il soit similaire au même fait d'après le droit commun, a quelque chose de spécial à l'armée, comme le vol d'effets militaires commis par un militaire, la jurisprudence n'applique pas la récidive (2).

Cette législation de 1832 appelle donc une réforme. Avouons cependant que, pour réglementer cette matière, on se trouverait en présence de nombreuses difficultés qu'on ne trancherait pas en quelques articles seulement. Mais le devoir du législateur n'est-il pas d'établir toutes les distinctions nécessaires et de ne pas reculer devant la longueur du travail ? Ne pourrait-on pas, par exemple, inscrire dans la loi qu'il n'y aura jamais récidive si une des infractions est prévue seulement par le Code militaire ou si la seconde infraction étant prévue par les deux est punie par la loi militaire de peines supérieures d'après une échelle que la loi ferait, et que du reste la récidive ne serait jamais une cause d'aggravation dans les cas où son application pourrait être due au seul hasard de l'antériorité d'une des infractions par rapport à l'autre. Mais nous n'admettons pas l'idée de certains auteurs,

(1) Note sous un arrêt de Cour d'appel. Sir., 1873, 2, 81.

(2) Arr. Douai, 18 juillet 1871. Sir. 1873, 2, 81,— arr. Alger, 5 juillet 1879. Sir., 1878, 2, 20.

qui voudraient qu'on ne tint jamais compte d'une condamnation militaire quelconque, alléguant le peu de garantie donné par la procédure rapide des tribunaux militaires, la sévérité parfois orgueilleuse des officiers; ce sont là des griefs dont l'expérience a fait justice, et, si ce n'était la sévérité même du Code militaire qu'il serait peut-être bon d'atténuer, nous ne croyons pas que la justice soit plus mal rendue par les tribunaux militaires que par ceux de droit commun.

2° SECONDE INFRACTION.— A. — Cette seconde infraction doit naturellement être *distincte* de la première; si elle n'en était qu'une conséquence, il ne pourrait pas y avoir récidive. Par exemple un individu soumis à la peine de la surveillance de la haute police avant 1885 ou à celle de l'interdiction de séjour depuis cette époque, qui commet le délit de rupture de ban, ne sera pas un récidiviste au point de vue légal, car ce délit n'est qu'une conséquence forcée de la première condamnation (1); de même du condamné à une peine privative de liberté qui commet le délit d'évasion (art. 245, C. pén.) mais il pourra y avoir récidive au cas de deux ruptures de ban ou de deux évasions.

B. — Faut-il que la seconde infraction se produise dans un certain délai après la première condamnation? D'après le Code pénal, il n'y a pas de délai. Ce que nous avons dit dans notre introduction suffit pour condamner le Code français; espérons qu'une prompte réforme viendra à l'exemple des législations étrangères (2); elle a du reste déjà été faite partiellement

(1) Arr. Limoges, 4 janvier 1845. Sir. 1845, 2, 207.

(2) Le Code pénal des Pays-Bas du 3 mars 1831 fixe pour la récidive de délits (il n'y a que des délits et des contraventions) un délai de 5 ans courant du jour où le condamné est sorti de la maison où il était détenu, (liv. 2, tit. XXXI, art. 421, 422, 423). Le Code belge qui admet notre division tripartite en crimes, délits

par la loi du 27 mai 1885. Il est certain en effet que l'avertissement donné par la première condamnation perd de sa force avec le temps, et ce long temps passé sans nouvelle infraction est plutôt un indice d'amendement. C'est à cette idée qu'est due l'institution de la prescription, de l'oubli de la faute; mais notre Code ne croit pas à l'oubli pour les récidivistes.

C. — Il importe peu que cette seconde infraction soit prévue par le Code pénal ou par des lois spéciales; et on ne tient pas compte comme pour les contraventions du lieu où elle a été commise; il est à peine besoin de dire toutefois qu'elle a dû avoir été commise en France.

D. — Quels rapports doivent exister, pour qu'il y ait récidive légale, entre la deuxième infraction et la première? Le Code pénal de 1810, nous l'avons déjà dit, après avoir avec raison séparé totalement les contraventions des autres infractions, crimes ou délits et déclaré qu'il ne pouvait y avoir récidive d'une catégorie à l'autre, a commis l'erreur très grave de n'exiger jamais aucune analogie, quelle qu'elle soit, entre l'une et l'autre infraction. Se préoccupant uniquement de la peine prononcée, jamais du fait qu'elle punit, il a consacré dans ses articles 56 à 58 le système déplorable de la récidive générale entre crimes et délits, et à part l'hypothèse d'une récidive de délit à crime qu'il ne prévoit pas, parce que la peine criminelle nouvelle constitue par elle-même une aggravation

et contraventions, exige un délai de 5 ans pour la récidive de délit à délit, après l'expiration ou la prescription de la première peine prononcée. — En Portugal le délai est de 10 ans (a. 85); même délai en Norvège, en Roumanie (art. 45, 46), en Danemarck (a. 61). Les Codes des cantons de Berne (a. 64), de Zurich et de Genève fixent 10 ans pour les crimes et 5 ans pour les délits. — En Prusse le délai varie.

relativement à la peine correctionnelle primitive, le seul point que le juge aura à prendre en considération sera celui de savoir quelle a été la peine de la première condamnation pour aggraver, suivant des distinctions que prévoient les articles 56 à 58, la peine criminelle ou correctionnelle de la nouvelle infraction. Ce que nous avons dit à ce sujet dans notre introduction nous permettra de ne pas revenir sur la condamnation d'un pareil système ; nous nous bornerons à constater que nous sommes ici en retard sur presque toutes les législations étrangères, particulièrement celles qui ont refondu depuis ces dernières années leur législation pénale. Le nouveau Code pénal hongrois (1) ne punit que la récidive spéciale et dans certains cas seulement (art. 338, 371, 381) ; un autre cas de récidive spéciale est prévu par le Code pénal hongrois des contraventions (2) : le vagabondage, qui est une contravention et non un délit comme chez nous (a. 62, 63) ou le fait par des parents de laisser vagabonder leurs enfants (a. 64) sont punis plus sévèrement en cas de récidive dans les 6 mois de la première condamnation.

La récidive spéciale pour délits est seule prévue par le Code des Pays-Bas du 3 mars 1881 (3). Toutefois, il suffit que l'analogie soit, si nous pouvons nous exprimer ainsi, dans la passion ou le mobile qui a fait agir le coupable : ainsi l'article 421 punit la récidive spéciale entre délits qui ont le caractère général d'attentats au bien d'autrui, ce qui comprend les fraudes, vols, détournements, faux, fausse monnaie, banqueroutes, tous délits qui sont toutefois désignés

(1) Loi XXXVII de 1880.

(2) Loi XL de 1879.

(3) Livre 2, tit. XXXI.

clairement par les textes ; l'article 422 s'applique aux divers attentats contre les personnes, comme attentats contre la vie ou la liberté, infanticides, avortements, complicité de suicide, (art. 293), etc ; l'article 423 concerne les délits d'attentats à l'honneur et à la réputation, diffamations, injures, délits de presse, et dans ces trois articles l'augmentation est fixée au tiers en sus de la peine normale fixée par la loi. La récidive est aussi spéciale en Autriche (art. 44), en Grèce, (art. 111), en Portugal, en Suède, en Norwège, en Serbie (art. 71), dans presque tous les cantons de la Suisse, en Prusse ou elle n'existe que pour cinq infractions, le vol, la rapine, le recel, l'escroquerie et la mendicité (1). Le Code Badois surtout est remarquable : la récidive n'y existe que pour délits analogues et pour neuf classes seulement qui peuvent dégénérer en habitude : vols, escroqueries, détournements, etc., meurtres et blessures, viols, etc., incendies, braconnage, vagabondage et mendicité, rébellions, séditions, etc. (2). Le droit pénal belge est en beaucoup de points semblable au nôtre ; il punit la récidive générale, mais n'admet pas la récidive pour les infractions prévues par des lois spéciales.

2° CONDITIONS DE LA RÉCIDIVE POUR LES CONTRAVENTIONS. — Nous avons déjà vu qu'il n'y a pas de récidive possible entre les contraventions et les autres infractions. C'était une solution qui s'imposait ; le peu de gravité des unes ne pouvait raisonnablement être rapproché des autres. Mais le législateur a prévu la récidive de contravention à contravention (art. 474, 478, 482, 483). Les conditions en sont les suivantes :

(1) Code du 15 mai 1871.

(2) *Revue du Droit*, avril 1884, p. 295.

1° Il faut une première condamnation définitive pour une contravention ; 2° il faut que la première et la seconde infractions soient prévues par le Code pénal ; car il n'y a pas récidive si c'est une contravention prévue par une loi spéciale, à moins que cette loi ne l'ait déclaré expressément, ce qui est rare ; 3° il faut que les deux contraventions aient été commises dans le ressort du même tribunal de police (art. 483) ; quand même l'affaire venant ou non en appel serait jugée par le tribunal correctionnel (art. 192. Code d'Inst. crim.) ce ressort sera celui du canton et non de l'arrondissement ; 4° il faut que la seconde contravention se place dans les douze mois suivant la première condamnation (art. 483) ; le délai court non, comme l'ont prétendu certains auteurs, du jour même du premier jugement, comme semble l'impliquer l'article 483, mais du jour où la première condamnation est devenue définitive : où si le jugement a été rendu par défaut, l'opposition n'est plus recevable après trois jours à partir de la signification ; s'il est contradictoire, le contrevenant a 10 jours pour appeler à partir de signification(1) ; enfin à partir de l'expiration soit du délai d'opposition soit du délai d'appel, pour les cas où l'appel est possible (art. 172, C. inst. crim.), ou à partir de la date du jugement du tribunal de police, si l'appel n'est pas possible, ou de celle du jugement du tribunal correctionnel, s'il y a eu appel, le contrevenant a encore trois jours pour se pourvoir en cassation ; c'est après l'expiration de ce dernier délai que, le jugement étant définitif, courent les douze mois dont parle l'ar-

(1) Quand même le condamné aurait auparavant exécuté le jugement. — Arr. cass., 24 janvier 1862. Sir. 1862. 1, 554.

ticle 483. 5° Faut-il que les deux contraventions soient de la même classe? La Cour de cassation s'est prononcée pour la négative (1); nous pensons au contraire qu'elles doivent être de la même classe; les textes des articles 474, 478 et 482, qui établissent les peines de la récidive, supposent que la récidive a lieu dans la classe qu'ils prévoient chacun séparément; et on ne trouve aucun texte qui établisse une peine pour la récidive et qui soit commun aux trois classes (2).

ARTICLE III

Effets de la récidive

Nous avons peu de choses à dire sur la récidive de contravention à contravention. S'il s'agit de contraventions de la première classe (art. 471) punies d'amende (1 fr. à 5 fr.), la récidive entraîne l'application obligatoire d'un emprisonnement de un à trois jours (art. 474); pour celles de la seconde classe punies d'amende (6 à 10 fr.) et dans certains cas d'un emprisonnement facultatif de trois jours au plus (art. 475, 476), ce sera l'emprisonnement obligatoire de un à cinq jours (art. 478) (3); pour celles de la troisième classe punies d'amende (11 à 15 fr.) et dans certains

(1) Arr. cass., 6 mars 1857.

(2) M. Bonneville, à son cours.

(3) Une exception est faite pour ceux qui tiennent dans les lieux publics des loteries ou jeux de hasard (a. 475, § 5); la récidive change la nature du fait qui devient un délit puni correctionnellement du 6 jours à 1 mois de prison et de 16 francs à 200 francs d'amende (a. 478, § 2).

cas d'un emprisonnement facultatif de cinq jours au plus (art. 479, 489), ce sera l'emprisonnement de cinq jours obligatoire (art. 482). Mais depuis 1832, l'effet de la récidive a été notablement diminué ; car le § 2 ajouté à l'article 483 permet au juge de ne prononcer que l'amende par une déclaration de circonstances atténuantes.

Si nous passons aux crimes et aux délits, la combinaison de ces deux termes donne naissance à quatre situations différentes : 1° les deux infractions sont des crimes ; 2° les deux infractions sont des délits ; 3° la première est un crime et la deuxième un délit ; 4° la première est un délit et la deuxième un crime. Quand nous aurons examiné ces quatre hypothèses, il nous restera une grosse difficulté à résoudre, le point de savoir en présence de certains événements dans quelle hypothèse on se trouve au juste et quelle peine appliquer. Et d'abord hâtons-nous de laisser de côté une terminologie qui n'est pas exacte et qui peut entraîner une confusion. Remarquons que ce dont le Code se préoccupe pour déterminer l'aggravation de peine, c'est non pas le fait avec sa qualification, mais la peine qui a déjà été appliquée pour la première condamnation et celle qui est encourue pour la seconde infraction ; c'est ce qui ressort clairement des articles 56 à 58. L'intérêt est grand ; car si l'on persistait à s'attacher à ces expressions, récidive de crime à crime, de crime à délit, etc., on arriverait à classer certaines situations dans une catégorie qui n'est pas celle de la loi ; un exemple le fera suffisamment comprendre : un crime qui n'est puni que d'une peine correctionnelle par suite de l'admission d'une excuse ou de circonstances atténuantes, restera un crime, et s'il vient

après un premier crime également excusé et puni aussi de peines correctionnelles, il y aura d'après cette terminologie, récidive de crime à crime; aux termes du Code ce n'est qu'une récidive de peines correctionnelles à peines correctionnelles. Adoptons donc la terminologie du Code, terminologie à laquelle malheureusement il n'est pas toujours resté fidèle; ce qui a donné lieu à de nombreuses difficultés que les réformes de 1832 et de 1863 n'ont pas toutes résolues.

1° RÉCIDIVE DE PEINE CRIMINELLE A PEINE CRIMINELLE.

— Le Code de 1810 avait un article 56 ainsi conçu :

« Quiconque ayant été condamné pour crime, aura commis un second crime emportant la dégradation civique, sera condamné à la peine du carcan. Si le second crime emporte la peine du carcan ou le bannissement, il sera condamné à la peine de la réclusion. Si le second crime emporte la peine de la réclusion, il sera condamné à la peine des travaux forcés à temps et à la marque. Si le second crime emporte la peine des travaux forcés ou la déportation, il sera condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité. Si le second crime emporte la peine des travaux forcés à perpétuité, il sera condamné à la peine de mort. »

Ce qui caractérise cette législation, ce sont : l'admission des peines dégradantes du carcan et de la marque, la confusion complète entre les peines de droit commun et les peines d'ordre politique, le passage d'une peine temporaire à une peine perpétuelle et d'une peine privative de la liberté à la peine de mort, enfin un manque de précision devant fatalement soulever des difficultés quant à la détermination exacte du

premier terme de la récidive : devait-on, en effet, compter comme premier terme un crime puni correctionnellement à la suite d'une excuse ou de circonstances atténuantes ? Cette terminologie équivoque donna lieu, en effet, à des doutes dans la jurisprudence, doutes que vint trancher la loi de 1832. Enfin, en 1815 on aggrava encore les rigueurs contre les récidivistes de cette catégorie en les soustrayant aux juridictions ordinaires pour les traduire devant des cours spéciales (Cours prévôtales), jugeant sans jurés, sans appel, et dont les arrêts étaient exécutoires dans les vingt-quatre heures (ancien article 553, C. inst. crim. abrogé) (1) ; pour eux, il n'y avait pas de réhabilitation possible (art. 634, Inst. crim.) (2) ; enfin, la loi du 25 juin 1824, qui établissait dans certains cas le principe des circonstances atténuantes, les refusait à tout récidiviste condamné précédemment à plus de six mois de prison.

La loi de 1832 est venue corriger dans une certaine mesure ces erreurs, en nous donnant l'art. 56 actuel. Nous avons déjà vu ce qu'elle a fait pour les condamnations prononcées par les tribunaux militaires ; son œuvre excellente, quoique encore incomplète, se résume dans les réformes suivantes. D'abord elle supprime les peines barbares de la marque et du carcan, qui sont des obstacles mis à la réhabilitation, au reclassement du condamné dans la société, et dont la dernière, tout au moins, sans effet sur les gens tarés, était au contraire terrible pour les hommes

(1) Abrogé par la charte de 1830, art. 54, qui supprime les cours prévôtales.

(2) Cette disposition a été abrogée par la loi du 14 août 1885 qui cependant met des conditions plus rigoureuses à la réhabilitation de ces récidivistes.

susceptibles d'amendement, qu'elle déshonorait à leurs propres yeux. Puis une distinction est établie entre les deux échelles de peines de droit commun et politique ; il n'y a plus de passage de l'une à l'autre, sauf une seule exception ; enfin la détention est créée pour remplacer la réclusion en matière politique et prend rang entre le bannissement et la déportation. En troisième lieu, on ne passe plus d'une peine temporaire à une peine perpétuelle. Enfin le législateur de 1832 a mis fin aux doutes qui s'étaient élevés antérieurement, en déclarant que le premier terme de la récidive serait une condamnation à une peine afflictive ou infamante. Voyons donc quel est aujourd'hui l'effet de la récidive de peine criminelle à peine criminelle. L'hypothèse prévue par l'art. 56 est celle d'un individu, précédemment condamné pour crime à une peine afflictive ou infamante, qui commet un nouveau crime punissable normalement d'une peine criminelle ; alors la règle générale est l'élévation de cette peine d'un degré, tout en restant dans la même échelle pénale. A cette règle il y a deux exceptions : 1° on ne passe pas d'une peine temporaire à une peine perpétuelle ; ce qui serait changer la nature de la peine ; si donc la peine méritée est les travaux forcés à temps ou la détention, la récidive fera appliquer le maximum ou le double ; 2° on ne passe pas d'une peine privative de la liberté à la peine de mort, sauf cependant les cas où la peine du premier crime était les travaux forcés à perpétuité ou même la mort suivie de grâce, et où le deuxième serait passible des travaux forcés à perpétuité. En conséquence, si l'on veut savoir quelle peine prononcer au cas de récidive de peine criminelle à peine criminelle, on n'aura qu'à appliquer la peine supérieure à celle du crime dans l'une ou l'autre échelle,

sans jamais aller de l'une à l'autre, en suivant la gradation marquée dans le tableau suivant :

PREMIÈRE ÉCHELLE	DEUXIÈME ÉCHELLE
Mort (1).	Déportation dans une enceinte fortifiée.
Travaux forcés à perpétuité.	Déportation simple.
Travaux forcés de 20 à 40 ans.	Détention de 20 à 40 ans.
Travaux forcés de 5 à 20 ans (2).	Détention de 5 à 20 ans (2).
Réclusion de 5 à 10 ans.	Bannissement.
	Dégradation civique.

A la seule inspection de ce tableau, on voit que nous ne nommons pas les travaux forcés à perpétuité comme l'augmentation de la peine de la déportation, malgré le texte du parag. 6, de l'art. 56 et que nous les remplaçons par la déportation dans une enceinte fortifiée, nouvelle peine d'un degré supérieur créée par la loi du 8 juin 1850 pour remplacer la peine de mort abolie en matière politique par l'article 5 de la constitution de 1848. Nous tranchons ainsi par avance une controverse qui divise à ce sujet les auteurs. MM. Bertauld, Ortolan (3) et Faustin Hélie persistent à soutenir que la loi de 1850 n'a en rien touché à l'article 56 et que la déportation, en cas de récidive, doit être remplacée par les travaux forcés à perpétuité, et ils invoquent le texte formel de l'article 56 que rien n'a abrogé. Telle n'est cependant pas notre opinion ; cette exception au principe de la séparation des deux échelles pénales, qui se comprenait dans une certaine mesure autrefois, n'a plus de raison d'être depuis la loi de 1850 et il faut faire retour aux

(1) Seulement dans le cas où les deux crimes ont emporté les travaux forcés à perpétuité.

(2) On ne monte pas de cette peine aux travaux forcés à perpétuité ni de la détention à la déportation.

(3) Ortolan, II, n° 1650.

principes généraux. En 1832, en effet, on ne connaissait qu'une seule espèce de déportation et la peine de mort existait encore en matière politique; or avec la règle générale de l'application de la peine supérieure, on aurait condamné à mort le récidiviste dont le 2^e crime méritait la déportation or, le législateur a jugé cette solution trop sévère, changeant la nature de la peine, il a préféré faire échec à la séparation établie entre ses deux échelles de peine et a remplacé la mort par les travaux forcés à perpétuité.

Mais du moment que le motif de cette exception n'existe plus, la législation est revenue implicitement au principe général de la séparation des deux échelles; il y a donc depuis la création de la déportation dans une enceinte fortifiée, remplaçant la mort en matière politique, abrogation virtuelle de l'article 56, § 6. Ce n'est pas faire la loi, c'est l'appliquer, c'est tirer d'une nouvelle peine établie toutes ses conséquences dans le système général de la pénalité, ces conséquences qui n'ont pas été formellement exprimées pour notre cas l'ont été relativement à l'application des circonstances atténuantes par la loi de 1850 elle-même (a. 2) et la loi du 13 mai 1863, qui, déterminant l'échelle des peines en diminuant, au cas des circonstances atténuantes, descendent de la déportation dans une enceinte fortifiée à la déportation simple; quoi de plus logique que de la lire ainsi en remontant? (1).

Mais que fera-t-on si la peine du 2^e crime est la déportation dans une enceinte fortifiée? Quelques auteurs ont proposé de revenir à l'application de l'article

(1) M. Molinier. *Revue critique de Jurisprudence*, 1851, p. 52, n^o 7.

56 § 6, en adoptant les travaux forcés à perpétuité. Cela ne se soutient pas; il faut tout l'un ou tout l'autre, déclarer le § 6 abrogé ou l'appliquer dans tous les cas. D'autres qui n'aggravent pas la peine se fondent sur cette idée que, le cas n'étant pas prévu par la loi, il faut adopter la solution la plus favorable à l'accusé, suivant les principes d'interprétation en matière pénale. Nous sommes de leur avis quant à la solution, mais non pas quant au motif; l'article 56, § 6 abrogé ne visait que la déportation simple, seule connue à l'époque de sa rédaction, mais la raison principale, c'est que la déportation dans une enceinte fortifiée remplace la peine de mort, se substitue complètement à elle et qu'il n'y a pas d'aggravation possible au-delà de la peine de mort.

Avant de terminer présentons une observation qui a son importance; le nouvel article 56 exige comme premier terme de la récidive une condamnation à une peine afflictive et infamante; aussi la surveillance de la haute police (1), peine commune aux matières criminelles et correctionnelles (art. 11, C. pén.), quand elle est prononcée pour crime à titre de peine principale (art. 100), ne servira pas de premier terme à la catégorie de récidive que nous examinons, n'étant ni afflictive ni infamante.

2° RÉCIDIVE DE PEINE CRIMINELLE A PEINE CORRECTIONNELLE. — Le Code de 1810 portait dans son article 57 : « Quiconque, ayant été condamné pour un crime, aura commis un délit de nature à être puni correctionnellement, sera condamné au maximum de la peine portée par la loi et cette peine pourra être élevée jusqu'au double. » Ce texte avait l'inconvénient de laisser le

(1) Actuellement l'interdiction de séjour.

champ libre à bien des controverses ; quand un fait, qualifié crime par l'acte d'accusation et déferé à la cour d'assises, devenait-il un délit puni correctionnellement et tombait-il sous le coup de cet article ? car, d'après ce texte, si le deuxième terme était un crime puni correctionnellement, il n'y avait pas récidive, en sorte que si le deuxième terme était un délit, c'est-à-dire une infraction moins grave, on appliquait la récidive. Cette lacune tenait à ce que le législateur, dont la pensée était de ne prendre que la peine en considération, était cependant revenu à la mauvaise terminologie (classant les catégories au moyen des expressions *crime* ou *délit*). Enfin une autre iniquité se présentait quand on comparait l'article 57 à l'article 58 ; ce dernier, qui visait le cas où les deux termes étaient deux délits, ajoutait à l'aggravation du maximum ou du double, la surveillance obligatoire pour cinq ans au moins ou dix ans au plus, et si le premier terme était un crime, il n'y avait pas de surveillance. M. Carnot a cependant défendu cette solution par ce motif que le condamné primitivement pour crime était déjà sous la surveillance de la haute police, c'est faux, car la surveillance n'existait pas ; si le crime n'avait été puni que de peines correctionnelles ou si, ayant emporté la surveillance, celle-ci avait été remise dans la suite par la voie de la grâce. Rendons toutefois cette justice aux rédacteurs du Code de 1810 que cette fois ils avaient respecté le principe qui défend de changer la nature de la peine ; ils n'en avaient augmenté que la durée.

Il en fut ainsi jusqu'à la loi du 13 mai 1863 qui, modifiant l'article 57, lui donne une portée plus large en faisant entrer dans le deuxième terme de la récidive le cas jusqu'alors non prévu d'un crime puni seule-

ment de peines correctionnelles, suivant des distinctions que nous aurons à examiner. Quant au premier terme, il comprend sans contestation le cas d'une condamnation à une peine criminelle; nous aurons à voir avec l'article 58 s'il comprend aussi, et quelles sont ces hypothèses, des cas où le crime n'a été puni que de peines correctionnelles. Observons toutefois que l'intérêt est à peu près théorique, la peine devant être la même pour le second fait, dans quelque catégorie que l'on fasse rentrer le premier. La loi de 1863 répara enfin l'oubli de 1810 en ajoutant, comme pour l'article 58, la surveillance de cinq ans au moins et dix ans au plus, peine que la loi du 23 janvier 1874 a rendue facultative pour le juge même au cas de récidive (art. 46 nouveau, C. pén.).

Ceci posé et en supposant que nous nous trouvions dans un cas prévu par l'article 57, comment se calculera l'augmentation? — Au cas de peine unique prononcée par la loi, si c'est l'emprisonnement ou l'amende, ce sera le maximum ou le double du taux fixé par le texte spécial (1); si c'est l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, l'augmentation consistera dans l'obligation de prononcer la perte de la totalité des droits énoncés dans l'article 42 pour le maximum ou le double du temps fixé par le texte spécial. Quant aux peines de la confiscation spéciale, de la réparation d'honneur, de l'exil local, (art. 226, 229), elles ne comportent par elles-mêmes aucune augmentation. — Si le texte prononce plusieurs peines, il faut faire des distinctions: a) si toutes sont obligatoires pour le juge, l'augmentation portera sur toutes;

(1) A moins de disposition contraire formelle, le maximum de l'emprisonnement correctionnel est de 5 ans (a. 40); le double sera donc de 10 ans.

b) si le juge obligé à prononcer une des peines a le choix entre elles, ce choix lui restera au cas de récidive, mais il devra appliquer à celle qu'il aura choisie l'augmentation pour cause de récidive ; ex. : a. 311. — c) si des peines fixées, les unes sont obligatoires, les autres facultatives (ex. : a. 401) il y a controverse : dans un *premier système*, toutes sont augmentées et les facultatives deviennent obligatoires (1) ; pour un *deuxième système*, toutes sont augmentées, mais les facultatives restent facultatives pour le juge qui peut ne pas les prononcer, mais qui, s'il les prononce, doit les augmenter (2) ; pour *nous*, les peines obligatoires sont augmentées, mais quant aux peines facultatives, elles restent ce qu'elles sont et le juge qui peut les écarter, s'il le veut, peut à plus forte raison, s'il les applique, rester dans les limites du minimum au maximum ; il y aurait inconséquence à rendre le maximum obligatoire (3).

3° RÉCIDIVE DE PEINE CORRECTIONNELLE A PEINE CORRECTIONNELLE. — Le Code de 1810 disait dans l'article 58 : « Les coupables condamnés correctionnellement à un emprisonnement de plus d'une année seront aussi, en cas de nouveau délit, condamnés au maximum de la peine portée par la loi et cette peine pourra être élevée jusqu'au double. — Ils seront de plus mis sous la surveillance spéciale du Gouvernement pendant au moins cinq ans et dix ans au plus. » — La loi de 1863 a ajouté seulement à ce texte comme rentrant dans le

(1) C'est l'opinion de Merlin. En ce sens : arr. cass., des 1^{er} septembre 1813 et 30 juillet 1847, arr. Paris, 23 septembre 1830. Sir., 1830, 2, 377.

(2) MM. Chauveau et Faustin Hélie. En ce sens : arr. cass., 10 février 1827.

(3) M. Molini, *Revue critique*, 1851. — M. Bertauld, *Revue pratique*, Tome 5. — Note de M. Labbé. Sir., 1864, 2, 242.

deuxième terme de la récidive un crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles. Nous verrons ce cas tout à l'heure. Pour le premier terme, il faut un délit puni de plus d'un an de prison (1); mais nous avons réservé pour ce moment la question de savoir dans quels cas le crime puni correctionnellement de plus d'un an de prison nous mettrait en présence soit de l'article 57 soit de l'article 58. Or un fait qualifié crime peut être frappé d'une peine correctionnelle soit par suite du rejet des circonstances aggravantes, soit par suite de l'admission d'une excuse, soit par l'admission de circonstances atténuantes. Pas de difficultés pour le premier cas; le fait qualifié crime par suite des circonstances aggravantes, doit être considéré comme faussement qualifié après leur rejet, et comme ce n'est plus qu'un délit, nous serons dans l'hypothèse de l'article 58. Si la peine correctionnelle vient de l'admission d'une excuse, le crime ne change pas de nature, il reste crime et est particulièrement visé par ces mots de l'article 57: « Quiconque ayant été condamné pour crime à une peine supérieure à une année d'emprisonnement. » La controverse se présente pour le crime puni correctionnellement à la suite de l'admission des circonstances atténuantes disons seulement, sans entrer dans la discussion, que pour nous ce cas rentre dans le texte de l'article 57; si nous passons rapidement, c'est qu'à vrai dire il n'y a aucun intérêt, car la peine à appliquer est la même, qu'on prenne l'article 57 ou l'article 58; et l'aggravation pour ce dernier texte est soumise aux mêmes règles que pour l'article précédent.

(1) Ceci explique pourquoi les tribunaux appliquent quelquefois la peine de un an et un jour de prison, afin de constituer plus tard le condamné en état de récidive.

4° RÉCIDIVE DE PEINE CORRECTIONNELLE A PEINE CRIMINELLE.— En principe, la loi n'ayant pas prévu ce cas, il faut déclarer qu'il n'y a pas augmentation de pénalité. Est-ce un oubli du législateur ? Non ; on a considéré qu'une première peine correctionnelle n'était pas un avertissement suffisant pour un second crime, que du reste la peine encourue par ce crime était par elle-même une augmentation suffisante, que le juge pouvait même tenir compte de cet état particulier en appliquant le maximum de la peine criminelle ; cette solution du reste se rencontre dans toutes les législations pénales, à l'exception seulement de quelques cantons suisses. Mais si le second crime n'est, par suite des circonstances que nous avons déjà énumérées, puni que de peines correctionnelles, l'article 58 s'applique-t-il ? Avant 1863, avec l'ancien article 58, la Cour de cassation prenant en considération la qualification et non la peine, n'admettait pas la récidive (1) tandis que les Cours d'assises l'appliquaient. Le législateur de 1863 donna raison aux Cours d'assises en ajoutant à l'ancien article ces mots : « ou de crime qui ne devra être puni que de peines correctionnelles. » En vain fit-on observer que cette réforme consacrait une iniquité, en aggravant lorsque le deuxième fait était un crime puni correctionnellement et en n'aggravant pas lorsque ce deuxième fait était un crime puni de peines criminelles. Le rapporteur fit valoir le motif ci-dessus donné pour justifier cette différence et défendit la modification apportée à l'article 58 en alléguant l'injustice qu'il y avait à établir une différence entre deux faits punis tous deux correctionnellement sous ce simple prétexte que l'un était un crime.

(1) Arr. cass., 5 janvier 1856.

CONCOURS DE LA RÉCIDIVE AVEC LES DIFFÉRENTES CAUSES D'ATTÉNUATION DE LA PEINE. — DÉTERMINATION EXACTE DU DEUXIÈME TERME DE LA RÉCIDIVE. — C'est la grosse difficulté du sujet. On a dû remarquer que jusqu'ici nous nous sommes abstenus de préciser le second terme de la récidive, afin de nous permettre de savoir lequel des trois articles 56, 57 et 58 doit être appliqué. C'est que nous avons à examiner les hypothèses compliquées où lors de la seconde infraction l'état de récidive est accompagné de ces causes d'atténuation que l'on connaît sous les noms d'excuse légale, circonstances atténuantes, rejet des circonstances aggravantes. Rien n'eût été plus simple si le Code, s'en tenant à la terminologie que nous avons adoptée, récidive de peines criminelles et de peines correctionnelles, soit disjonctivement, soit conjonctivement, avait déclaré que la récidive se calculerait sur la peine encourue, déduction faite de toutes les causes d'atténuation. Mais sa théorie est confuse, et pour résoudre la question il nous faudra procéder par distinctions; c'est pour ce motif que nous avons préféré présenter une vue d'ensemble sur cette question.

Mettons de suite de côté les hypothèses simples où lors de la seconde infraction, il n'y a ni rejet de circonstances aggravantes ni admission d'excuse légale ni admission de circonstances atténuantes. Si la première condamnation a été à une peine afflictive, ou infamante et que le second fait encoure une peine criminelle, on appliquera l'article 56; si la première condamnation a été à une peine correctionnelle, quelle qu'ait été la qualification de l'infraction, et que le second fait encoure une peine criminelle, il n'y a pas récidive légale; si la première condamnation a été

à une peine afflictive ou infamante ou à une peine correctionnelle de plus d'un an pour crime excusé ou grâce aux circonstances atténuantes, et que le second fait soit un délit puni correctionnellement, on applique l'article 57. Si la première condamnation a été à une peine correctionnelle de plus d'un an pour délit et que le second fait soit un délit, on applique l'article 58.

Mais viennent les circonstances ci-dessus énumérées, il faudra les combiner avec la récidive; et les difficultés commencent. Nous ferons plusieurs distinctions pour mettre plus de clarté.

PREMIÈRE SITUATION. — *Première condamnation à une peine criminelle et second fait qualifié crime, d'une certaine nature, mais dégénérant en un autre crime par suite de rejet de circonstances aggravantes.*

— Exemple : *Assassinat*. — Un principe général que nous aurons encore à appliquer plus d'une fois et qui domine toute cette matière, c'est que, dans le concours de ces différents éléments d'atténuation ou d'aggravation de la peine, il faut, pour calculer celle-ci, tenir compte en premier lieu de l'élément inhérent au fait lui-même avant de s'occuper de celui qui s'y rattache indirectement. Ainsi en est-il dans notre hypothèse; la circonstance aggravante fait partie intime de l'infraction tandis que la récidive tient à une cause distincte de cette infraction elle-même; c'est du reste l'esprit de nos textes (art. 56, 57, 58) qui font porter l'augmentation sur la peine normale encourue et s'attachent à la déterminer tout d'abord avant de juger si elle serait insuffisante vu l'incorrigibilité du coupable. Donc on commencera par déterminer la peine en tenant compte du rejet de la circonstance aggravante; puis à cette peine on fera subir l'augmentation pour récidive. Dans le cas prévu, le fait n'en restant pas moins un

crime, on appliquera l'article 56. Exemple: meurtre avec préméditation (assassinat) puni de mort ; la préméditation écartée, reste un meurtre puni des travaux forcés à perpétuité, la récidive ne s'appliquera pas à moins que la première condamnation n'ait été elle-même à la peine de mort (après grâce) ou à celle des travaux forcés à perpétuité.

DEUXIÈME SITUATION. — *Première condamnation à une peine criminelle et second fait d'abord qualifié crime, mais puni correctionnellement par suite du rejet de circonstances aggravantes.* — Exemple : *vol qualifié.* — Comme ci-dessus on applique la récidive en second lieu ; or le soi-disant crime ici dégénère en délit, et on appliquera l'article 57. Exemple : *vol qualifié*, puni soit des travaux forcés à perpétuité (art. 381) soit des travaux forcés à temps (art. 382, 384, 385) soit de la réclusion (art. 386). Toutes les circonstances aggravantes écartées, reste un vol simple puni correctionnellement (art. 401); la récidive fera porter la peine au maximum ou au double (art. 57).

TROISIÈME SITUATION. — *Première condamnation à une peine criminelle et second fait, qualifié crime, mais puni correctionnellement par suite de l'admission d'une excuse légale.* — L'intérêt de savoir si l'on doit commencer par l'aggravation pour cause de récidive ou par l'atténuation pour excuse, est considérable. Prenons un exemple: le second fait est un meurtre puni des travaux forcés à perpétuité (art. 304, § 3), mais le coupable récidiviste bénéficie de l'excuse de provocation (art. 326); si on commence par la récidive, pas d'augmentation, sauf le cas de première condamnation aux travaux forcés à perpétuité; puis en appliquant l'art. 326, la peine sera de 1 à 5 ans de prison; si on commence par l'excuse, on a 1 à 5 ans

de prison (art. 326), puis pour la récidive 5 à 10 ans de prison (art. 57). — Or, si on se réfère au principe déjà formulé et au texte de nos articles, on voit que la récidive, élément extérieur du deuxième fait, se calcule après la détermination de la peine faite en tenant compte de l'excuse légale de provocation qui se rattache plus intimement au fait ou de l'excuse légale de minorité qui fait en quelque sorte partie intégrante de la peine, qui amène la substitution ordonnée par la loi d'une peine plus douce à une peine plus sévère (1). Ici donc le second fait ne change pas de qualification et on appliquera l'article 57. Dans l'exemple cité, la peine sera de 5 à 10 ans de prison et non de 1 à 5 ans.

QUATRIÈME SITUATION. — *Première condamnation à une peine criminelle et second fait qualifié crime, mais puni correctionnellement par suite de l'admission de circonstances atténuantes.* — La question est de savoir si on commence par l'aggravation pour cause de récidive, puis par l'atténuation, ou inversement.

Un exemple en montrera l'intérêt ; supposons le deuxième fait puni des travaux forcés à temps ; si on commence par la récidive en appliquant l'article 56 (récidive de peine criminelle à peine criminelle on obtient les travaux forcés de 20 à 40 ans, puis, en atténuant de deux degrés, par exemple, on tombe à la réclusion de 5 à 10 ans (art. 463) ; si on commence par les circonstances atténuantes on a l'abaissement de 2 degrés, 2 à 5 ans de prison, puis on se trouve dans l'hypothèse de l'article 57 récidive de crime à

(1) Observons toutefois que l'excuse de minorité ne peut pas se présenter dans l'hypothèse directement visée ici ; car cette même excuse existait au moment de la première infraction et le mineur n'a pu être condamné à une peine criminelle. Nous l'avons cependant rapprochée ici de l'excuse de provocation, pour ne pas séparer nos explications.

peine correctionnelle) qui fait monter la peine à 5 ou 10 ans de prison (1).

Pour résoudre la difficulté, il faut en réalité répondre à deux questions distinctes : 1° dans les articles 57 à 58 la loi a-t-elle visé comme second terme de la récidive le crime puni correctionnellement grâce à l'admission des circonstances atténuantes ? 2° en cas de réponse affirmative, l'aggravation est-elle facultative ou obligatoire ? Il n'y a pas moins de six systèmes différents, que nous exposerons et discuterons rapidement.

Premier système. — Il est défendu par MM. Bertauld et Labbé (2) et la Cour de cassation qui a varié et, après avoir primitivement censuré cette opinion, l'a ensuite abandonnée pour y revenir dans ces derniers temps (3). On s'appuie tout d'abord sur l'esprit du législateur de 1832, quand il créa le système des circonstances atténuantes : à côté de l'intention qu'il avait de permettre au juge de proportionner la peine à la culpabilité de l'agent, il y avait un motif spécial qui ressort clairement des termes du rapport fait en 1832 à la Chambre des députés : « Le principe de l'aggravation obligée de la peine (en cas de récidive) eût rencontré quelques obstacles, si l'admission des circons-

(1) Un autre intérêt très important se présente dans une autre situation. Le premier fait était un délit puni correctionnellement ; le deuxième fait est un crime mais bénéficie des circonstances atténuantes. Si on commence par l'atténuation, on tombera sous le coup de l'article 58 pour l'application de la récidive ; si on commence par la récidive, en réalité il n'y aura pas de récidive punissable, puisque la récidive de délit à crime n'est pas punie.

(2) *Revue critique*, T. 23 et 24, p. 298 et suiv.

(3) En ce sens, arr. C. d'assises de Saône-et-Loire, 7 décembre 1863, Sir. 1864, 2, 41. — Arr. cass., 5 avril 1866. Sir. 1867, 1, 48. — Cass., 9 juin 1877. Sir., 1878, 1, 281. — Cass., 29 avril 1880. — Cass. 29 juillet 1880.

tances atténuantes ne remédiait aux injustices que ce principe peut quelquefois entraîner. » Il est évident, dit-on, que pour parvenir à ce but il faut d'abord appliquer la récidive, si on veut remédier à ses injustices par les circonstances atténuantes. Un second argument est tiré du texte de l'article 463 : « *les peines prononcées par la loi* » qui sont modifiées par les circonstances atténuantes sont celles prononcées contre la récidive, puisque c'est la loi elle-même qui fixe l'aggravation de peine pour cause de récidive. Ce même article 463 § 9, rédigé par le même législateur qui avait rédigé les articles 57 et 58, s'exprime bien clairement : « *Si la peine prononcée par la loi, soit à raison du délit, soit à raison de l'état de récidive...* (1) ». Ce texte, dit-on, implique qu'on fait intervenir les circonstances atténuantes après l'aggravation résultant de la récidive. Puis les partisans de ce système se posent la question de savoir si la loi de 1863 n'aurait pas modifié cette manière de voir du législateur de 1832. L'intention des rédacteurs de la loi de 1863 eut-elle été de changer l'ordre des choses existant et de faire fonctionner les circonstances atténuantes avant la récidive, cette intention, disent les auteurs dont nous exposons le système, ne suffirait pas à elle seule ; il faudrait encore que les textes nouveaux l'eussent révélée ; or les textes des articles 57 et 58 ne révèlent rien de nouveau sur la question controversée et la laissent soumise aux principes généraux qui viennent d'être examinés et que rien n'a abrogés. Ces textes, du reste, ne sont pas superflus ; car ils trouvent leur application dans les hypothèses de rejet de circonstances aggravantes et d'excuses.

1) Rédaction de 1863, modifiée par le décret du 27 nov. 1870.

Enfin ce système prétend trouver dans une théorie contraire des conséquences inadmissibles, des circonstances atténuantes nuisibles au condamné dont l'exemple suivant donne l'idée : si le deuxième crime emporte la dégradation civique et qu'on refuse ces circonstances, le maximum sera la dégradation civique et cinq ans de prison, à supposer que le premier fait ne soit qu'un délit, puisqu'il n'y a pas récidive de peine correctionnelle à peine criminelle (art. 35); s'il y a des circonstances atténuantes qu'on applique d'abord, la peine étant l'emprisonnement correctionnel d'au moins un an (art. 463, § 7) la récidive la fera élever à dix ans de prison, 1,000 francs d'amende et en outre à la peine facultative de l'interdiction des droits de l'article 42 et de la surveillance.

Nous réfuterons cette opinion quand nous aurons à exposer la nôtre, en montrant que malgré tous ses motifs, elle se trouve en contradiction avec les changements opérés par la législation de 1863. Du reste l'argument tiré de l'exemple ci-dessus ne porte pas; en théorie tout au moins, au point de vue de l'échelle des peines, il faut reconnaître, quelque étonnement qu'on puisse en éprouver, que la dégradation civique et cinq ans de prison constituent une peine plus sévère que dix ans de prison, 1,000 francs d'amende, même en y ajoutant l'interdiction des droits de l'article 42 et la surveillance qui toutefois ne sont que facultatives. En pratique, il faut avouer que, l'exécution des différentes peines privatives de la liberté ne correspondant pas à une gradation véritable quant à la sévérité, il arrive souvent qu'une peine théoriquement supérieure est moins dure que la peine inférieure. Mais il faut quand même s'en rapporter à la loi.

Deuxième système. — Ce système trop ingénieux est dû à M. Savary, avocat général près la Cour de Cassation. Partant des expressions mêmes employées par les articles 57 et 58, M. Savary donne aux mots « crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles » une interprétation judaïque ; et partout où le crime, grâce à une circonstance quelconque, sera *nécessairement* puni correctionnellement, les articles 57 et 58 s'appliqueront : ces cas sont d'abord ceux de rejet de circonstances aggravantes changeant la nature de l'infraction, et celui de circonstances atténuantes, lorsque l'abaissement à un degré, qui est toujours obligatoire, amènera une peine correctionnelle, c'est-à-dire si la peine ordinaire est la réclusion, la détention, le bannissement ou la dégradation civique ; lorsque la peine correctionnelle n'est dûe qu'à un abaissement de 2 degrés, les art. 57 et 58 ne s'appliqueraient pas, et alors, si la première condamnation était à une peine criminelle, on appliquerait l'article 56 en faisant intervenir les circonstances atténuantes après la récidive ; et si cette première condamnation était correctionnelle, il n'y aurait pas récidive, puisqu'on irait de peine correctionnelle à peine criminelle. La raison pour M. Savary, c'est qu'en 1863 on voulait combler une lacune en déclarant récidiviste légalement l'individu condamné d'abord correctionnellement qui vient à commettre un crime puni correctionnellement ; or cette lacune n'existait que pour le crime passible de réclusion (etc) ; car dans les autres hypothèses la Cour avait un moyen simple de tenir compte de la récidive, en n'abaissant la peine que d'un degré. — Ce système se réfute de lui-même, il ne repose que sur l'interprétation littérale d'un mot que le législateur n'a

certainement pas pesé lorsqu'il s'en servait; du reste l'orateur du gouvernement choisissait, pour démontrer l'utile de la réforme de 1863 précisément l'hypothèse d'un homme passible des travaux forcés; enfin cette opinion amène des résultats absurdes; le récidiviste passible des travaux forcés à temps pourra n'avoir que 2 ans de prison (les art. 57 et 58 ne s'appliquant pas) et le récidiviste passible de la réclusion aura de 5 à 10 ans de prison (les articles trouvant leur application).

Un *troisième système*, qui est le nôtre, a pour défenseur M. Faustin Hélie (1) et a pendant une certaine période été adopté par la cour de Cassation (2). La raison dominante qui nous le fait préférer, c'est l'intention clairement manifestée par le législateur de 1863. de renverser l'ordre établi par la loi de 1832. Écoutons ce que disait M. Ernest Picard : « S'ils s'agit d'une excuse, il n'est pas nécessaire de mettre dans la loi une disposition spéciale. Mais ainsi que nous l'apprennent l'exposé des motifs et le rapport (3) l'article 58 se réfère au cas où la Cour d'assises applique les circonstances atténuantes. » Le Commissaire du gouvernement disait : « L'espèce pour laquelle dans ma pensée a été faite la nouvelle disposition de l'art. 58, est une espèce triple » et après avoir cité le cas d'excuse et de rejet des circonstances aggravantes, il ajoutait : « enfin dans un troisième cas où, la qualification du fait étant maintenue, le jury aurait déclaré les circonstances atténuantes, aux termes de l'art. 58 la récidive aura lieu, tandis que

(1) Voir n° 226 et suiv.

(2) Arr. Cass., 26 mars 1864; Sir. 1864; 1, 146; — Arr. Cass., 26 mai 1864; Sir. 1864, 1, 241. — Arr. Cass., 15 sept. 1875.

(3) Rapport de M. de Belleyme.

cela aurait pu être douteux et controversé en l'absence de texte nouveau. » Donc sur quoi se calcule la récidive, c'est sur la peine réellement encourue et non sur la peine légale. Cette solution, du reste, est rationnelle; la récidive augmente la peine qui existerait sans elle, la seule qu'on doive considérer pour savoir si elle est insuffisante relativement à la première. — Quant à la question de savoir si l'aggravation sera facultative ou obligatoire; il faut distinguer : si le 2^e crime mérite la peine des travaux forcés à temps ou la déportation ou des peines supérieures, l'aggravation sera obligatoire, puisque le minimum de peine avec les circonstances atténuantes est l'emprisonnement correctionnel (art. 401); si le 2^e crime mérite des peines moins graves, comme la Cour peut abaisser encore de 1 degré le maximum ou le double de l'emprisonnement correctionnel, cela revient à rendre l'aggravation facultative (art. 463 § final); c'est une distinction qui s'impose s'il y a une lacune, la faute n'en est qu'à la loi (1).

Un *quatrième système*, qui, comme les deux derniers que nous allons examiner, adopte notre solution quant à l'interprétation à donner à la réforme de 1863, en diffère cependant sur la question de savoir si l'aggravation est facultative ou obligatoire. — Pour ce système, le crime puni de peines correctionnelles doit être complètement assimilé au délit : c'est le texte de la loi qui fait cette assimilation ; c'est aussi son esprit qui ne regarde que le résultat et non la qualification. De cette sorte la Cour d'assises jouerait le rôle de tribunal correctionnel et statuerait seule à l'exclusion du jury sur les circonstances atténuantes ; alors, si

(1) Ce système est celui qu'a adopté implicitement la loi du 27 mai 1885 sur la relégation.

elle les accorde, on appliquerait purement et simplement l'article 463; *in fine*, qui permet d'abaisser la peine même au cas de récidive; l'aggravation serait toujours facultative. — Il est à peine besoin de réfuter cette théorie qui, sauf le cas de rejet de circonstances aggravantes, fait produire aux excuses et aux circonstances atténuantes un changement dans la nature de l'infraction et dans la compétence : ce qui n'est pas sérieusement soutenable.

La Cour d'assises d'Ille-et-Vilaine (1) a inauguré un *cinquième système* qui, prenant acte du texte de l'article 58 qui ne distingue pas, déclare l'aggravation toujours obligatoire. Ce que nous avons dit plus haut montre que cette opinion se heurte aux principes les plus formels de l'article 463.

Enfin un *sixième système* prétend que l'aggravation est toujours facultative. Il argumente des travaux préparatoires. A M. Picard qui posait la question de savoir si l'augmentation serait obligatoire ou non, le commissaire du gouvernement répondit après plusieurs hésitations que la seule limite au pouvoir du juge serait celle de l'article 401 (un an de prison) et que la surveillance serait facultative, et c'est sur l'impression de ces derniers mots que fut voté l'article 57. Répondons qu'il suffit de se reporter aux débats (*Moniteur officiel*), pour voir que rien n'est moins clair que l'intention du législateur à cet égard ; et que cette opinion aboutit à ce résultat absurde qu'en certains cas les circonstances atténuantes pourraient faire baisser la peine de plus de 2 degrés : un exemple existe dans l'article 463, § 8.

(1) Arr., 11 mai 1864, en note sous un arrêt de cassation du 26 mai 1864; Sir. 1864, 1, 241.

**Concours de la récidive et de plusieurs causes
d'atténuation.**

C'est le dernier point à examiner et il ne présente plus de difficultés : l'ordre à suivre, dans l'hypothèse théorique où pour le second fait se présenteraient la circonstance aggravante de récidive et toutes les sortes de causes d'atténuation, serait celui-ci : 1° le rejet des circonstances aggravantes ; 2° excuse de provocation ; 3° excuse de minorité ; 4° circonstances atténuantes ; 5° récidive (1).

ARTICLE IV

De la preuve de la récidive.

Un prévenu ou un accusé est traduit devant un tribunal correctionnel ou une Cour d'assises, et il a déjà subi antérieurement une condamnation. Il est en état de récidive ; mais comment s'en administre la preuve ? La réponse à cette question se compose de l'ensemble des réponses aux différentes questions que nous allons successivement nous poser.

A qui incombe la preuve de la récidive ? La récidive étant un élément aggravant la culpabilité, c'est à celui

(1) Un projet récent dû à l'initiative de M. Rozérian, sénateur, propose de permettre au jury de pouvoir déclarer en faveur d'un accusé des circonstances *très atténuantes*, ce qui obligerait la Cour, pour tout crime quel qu'il soit, à prononcer un emprisonnement de 2 ans au plus et de 3 mois au moins. En ce cas, il faudrait combiner cet innovation avec la récidive, suivant les principes que nous venons de poser.

qui doit faire la preuve de la culpabilité, à faire la preuve de la récidive, c'est-à-dire au ministère public. A lui le devoir de prendre ses informations, de réunir les preuves et de réclamer dans ses conclusions l'application de la loi sur la récidive; le juge qui omettrait de statuer sur ses conclusions, soit en y faisant droit, soit en les déclarant mal fondées, rendrait un jugement susceptible d'être annulé (1). Mais si le ministère public oubliait ou négligeait de requérir l'application de la récidive, le tribunal devrait y suppléer d'office, si la preuve en a été rapportée de quelque manière dans le cours des débats et ne pourrait l'omettre sous le prétexte de l'absence de réquisition de la part du ministère public (2).

A quel moment la preuve doit-elle être fournie? La nature des choses exige que ce soit avant la seconde condamnation, et le condamné bénéficierait de l'oubli, si toutefois le ministère public n'a pas fait appel dans le délai, pour le faire réparer; l'appel seul du condamné ne suffirait pas pour autoriser la Cour à y suppléer (3).

Qui est compétent pour en connaître? Le tribunal correctionnel sans contestation, puisqu'il juge le fait et le droit et prononce la peine. En Cour d'assises, la réponse variera suivant qu'on voit dans la récidive une circonstance aggravante de la seconde infraction ou de la peine. Nous avons vu cette controverse dans l'article 1 de ce chapitre; nous n'avons pas à y revenir; rappelons seulement que pour nous ce doit être le jury, si on se place au point de vue rationnel,

(1) Arr. Cass., 27 février 1869.

(2) Arr. Cass., 9 juin 1826.

(3) Arr. Cass., 8 février 1821. *Jurisprud. génér.*, t. XI, p. 518.

mais que ce doit être la Cour, si on s'en rapporte à l'idée du Code pénal.

Que comprend la preuve à faire? Elle doit porter sur deux points : en premier lieu, *l'identité du prévenu*, par tous les moyens possibles que les juges apprécieront ; en second lieu, *l'existence de la condamnation antérieure*. Les moyens de preuve de ce second élément n'ont pas toujours été les mêmes. Le système cruel de la marque, qui de Rome a passé en France, où il a persisté jusqu'en 1832, avait le double inconvénient d'être barbare et avilissant, au point de rendre toute réhabilitation impossible, et n'avait pas même l'avantage de donner des renseignements précis sur la situation d'un prévenu ; il n'empêchait pas d'être obligé de recourir à d'autres moyens pour établir l'existence, la date et le taux de la première condamnation. Ce fut donc avec raison que la loi de 1832 la fit disparaître de notre législation. Le meilleur moyen est l'extrait authentique du premier jugement ; ainsi l'a décidé la Cour de cassation (1). Mais y a-t-il encore d'autres moyens ? La Cour de cassation a décidé que l'aveu seul du prévenu ne suffisait pas (2), mais qu'il devenait suffisant, lorsqu'il était accompagné de certains documents, comme l'arrêt de renvoi ou l'acte d'accusation (3). De même, pour la jurisprudence, le certificat du directeur de la prison ne suffit pas (4). Mais la preuve résulte, d'après la Cour de cassation, du seul extrait authentique des registres dont parlent les articles 600 et suivants du Code d'instruction criminelle, ainsi que du bulletin du casier judiciaire,

(1) Arr. Cass., 11 sept. 1882.

(2) Arr. Cass., 18 août 1853.

(3) Arr. Cass., 1^{er} avril 1853.

(4) Arr. Cass., 11 sept. 1828., Sir. 1828, 1, 352.

parce qu'ils sont rédigés par un greffier, officier public (1). Toutes ces solutions, il faut le reconnaître, sont arbitraires; l'existence de la première condamnation est un fait qu'on pourra établir par tous les moyens dont l'appréciation est laissée au juge. Nous n'aurions donc qu'à passer rapidement, si nous ne voulions dire un mot de deux institutions, dont la première en date, instituée par le Code d'instruction criminelle, n'existe plus en fait, et dont la deuxième créée par une simple circulaire ministérielle fonctionne seule en pratique; nous voulons parler des registres prescrits par les articles 600 à 602 du Code d'instruction criminelle et de l'institution du casier judiciaire.

Le Code d'instruction criminelle avait enjoint aux greffiers de tous les tribunaux criminels de tenir un registre sur lequel seraient inscrits par ordre alphabétique les noms de tous les condamnés à une peine correctionnelle ou criminelle avec certaines indications énoncées à l'article 600; et tous les trois mois ils devaient en envoyer deux copies, l'une au ministre de la justice, l'autre à celui de la police générale. Ces deux ministres établissaient avec cela chacun un registre général de la criminalité, registre central auquel on recourrait pour connaître les antécédants judiciaires d'un individu. Cette institution avait le grave inconvénient de rendre au bout d'un long temps les recherches très difficiles, étant donné le nombre considérable de registres et de renseignements accumulés, et par là de rendre les erreurs faciles. Aussi après l'institution du casier judiciaire l'envoi de la copie des registres en question fut-il supprimé illé-

(1) Arr. Cass., 19 sept. 1872.

galement, disons-le, par une circulaire ministérielle du 6 novembre 1850 (§ 10). Une autre institution que la pratique consacra fut celle de la tenue de registres particuliers pour la capitale se trouvant à la préfecture de police sous le nom de *Sommiers judiciaires* ; mais ces sommiers, qu'on ne communique jamais aux particuliers, ne relèvent pas les condamnations militaires, ni les faillites, ni les réhabilitations, et sont peu faciles à consulter loin de Paris.

DU CASIER JUDICIAIRE. — Due à l'initiative de M. Bonneville de Marsangy, et mise en exercice dans la pratique judiciaire par une circulaire de M. Rouher du 6 novembre 1850, cette institution a été réglementée et ne l'a jamais été que par des circulaires ministérielles. L'origine illégale saute aux yeux (1) : on ne conçoit pas, en effet, une simple circulaire ministérielle établissant ce nouveau mode de constatation des antécédents, alors que la loi elle-même avait pris soin de déterminer ceux qui devaient être employés, cette même circulaire donnant à cette institution un effet rétroactif au 1^{er} janvier 1831, supprimant une disposition législative (l'article 601 du Code d'instruction criminelle) pour la remplacer par un système nouveau qui, au dire de certains criminalistes, constituerait en même temps une aggravation de peine. Malgré cette protestation qu'il était de notre devoir de faire, il faut cependant bien tenir compte du fait accompli, et on ne peut pas passer sous silence cette institution qui fonctionne depuis si longtemps chez nous et que les législations étrangères nous ont empruntées (2).

(1) M. Bonneville, à son cours.

(2) Un décret de dom Luiz I^{er}, roi de Portugal, en date du 24 août 1863, l'a établi dans les colonies portugaises en attendant que le nouveau Code pénal qui devait l'établir dans la métropole fut voté. Un décret du 6 déc. 1865 l'a établi en Italie où le

Ajoutons qu'elle a en quelque sorte reçu récemment la consécration législative par la loi du 14 août 1885 (modifiant l'article 633 du Code d'instruction criminelle).

La base du système du casier judiciaire est le principe de la localisation des renseignements concernant chaque condamné au greffe du Tribunal du lieu de la naissance. Voici brièvement comment il fonctionne : il existe au greffe de chaque arrondissement un casier divisé en compartiments par ordre alphabétique ; quand une condamnation, ou tout autre événement que nous allons voir, est prononcée contre un individu, le greffier du tribunal qui a condamné envoie au greffier du lieu de naissance un bulletin portant les indications sommaires relatives à cette condamnation. Ce bulletin, dit n° 1, doit, pour éviter toute erreur, être de couleur différente du bulletin dit n° 2 dont nous allons parler (1). Le greffier du lieu de naissance met alors le bulletin n° 1 dans le casier correspondant au nom de l'individu. Alors si on veut avoir les antécédents d'un individu, le greffier du lieu de naissance délivre dans un bulletin n° 2 un extrait des renseignements contenus dans les bulletins n° 1. Examinons maintenant différentes questions.

1° *Quelles mentions doit porter le casier judiciaire ?*
Ce sont les condamnations correctionnelles définitives contradictoires ou par défaut ; les arrêts des cours d'assises contradictoires ou par contumace ; les jugements déclaratifs de faillite définitifs ; les jugements définitifs des tribunaux militaires ; les condamnations prononcées par les juridictions exceptionnelles comme

casier relate de plus qu'en France les ordonnances de non lieu et les remises de peines par grâce ou amnistie.

(1) Circ. du 8 déc. 1868, § 17.

le Sénat siégeant en Haute Cour de justice ; les réhabilitations commerciales, correctionnelles ou criminelles ; les peines disciplinaires prononcées contre les avocats et les officiers ministériels ; jusqu'à la décision des tribunaux qui, acquittant un mineur de 16 ans pour avoir agi sans discernement, l'envoie dans une maison de correction (1) ou même le remet à ses parents (2). La mention spéciale du mot *récidiviste* est exigée dans le bulletin n° 1, toutes les fois qu'une première condamnation quelconque parmi celles que le bulletin doit relater a été prononcée, même lorsqu'il n'y a pas récidive légale au point de vue des articles 56 à 58, même si la condamnation a été prononcée à l'étranger et qu'on en a la preuve (3). A toutes les mentions exigées ci-dessus pour le bulletin n° 1 il y a des exceptions pour le bulletin n° 2, qui, lorsqu'il est délivré aux particuliers ne doit pas relater les décisions, concernant les mineurs de 16 ans acquittés ni les condamnations effacées par la réhabilitation (4).

2° *Qui peut demander un extrait de casier judiciaire?* En principe la publicité du casier judiciaire est la règle (5) ; en pratique, cette règle est renversée pour les particuliers. Les demandes formées par les parquets et les administrations ne peuvent être refusées ; celles formées par les parquets doivent avoir satisfaction dans les quarante-huit heures (6). Quant aux particuliers, il faut distinguer : chaque individu peut demander un extrait de son casier judiciaire et

(1) Circ. du 30 déc. 1850, § 5.

(2) Circ. du 8 déc. 1868, § 17.

(3) Circ. du 1^{er} juillet 1856, B., § 13 ; Circ. du 1^{er} déc. 1862.

(4) Art. 633 nouveau du Code d'instr. crim., modifié par la loi du 14 août 1885.

(5) Circ. du 30 déc. 1850, § 12.

(6) Circ. du 1^{er} juillet 1856, F, § 23.

les personnes étrangères doivent adresser une demande au procureur de la République qui statue et n'accorde que pour des motifs sérieux.

3° *Avantages du casier judiciaire.* M. Bonneville de Marsangy, qui en a eu le premier l'idée, y trouve huit avantages principaux (1). 1° Il éclaire la justice sur les antécédents des individus qu'elle a à juger et fortifie la répression en rendant plus rares les dissimulations et les erreurs. 2° Il constitue une crainte salutaire capable d'arrêter sur la pente du crime bien des individus qui n'ignorent pas toute l'importance attachée par nos mœurs à cette expression « avoir un casier judiciaire ». 3° 4° et 5° Il empêche que des citoyens indignes puissent arriver par ruse aux fonctions publiques, à celle de juré, ou exercer des droits électoraux ou s'introduire dans l'armée. 6° Il garantit les bonnes relations entre les citoyens en fournissant un moyen facile de s'assurer de la moralité des gens qu'on veut épouser, ou prendre à son service, ou avec lesquels on veut traiter des affaires importantes. 7° Tous ces avantages seraient multipliés si par son adoption par les pays étrangers le casier judiciaire permettait encore de connaître les antécédents des étrangers, ce qui faciliterait singulièrement les relations internationales. 8° Ce système présente un moyen peu coûteux de connaître les antécédents judiciaires de chacun : facile, puisque le casier est au lieu de naissance qui reste toujours le même, préférable enfin au système de centralisation qui, plus coûteux, offre le danger de perte totale de tous les renseignements par un incendie.

4° *Inconvénients du casier judiciaire.* — Une pre-

(1) *Amélioration de la loi pénale*, t. I^{er}, p. 713.

mière imperfection qui s'était présentée dès l'origine était l'impossibilité de l'employer pour les individus qui ignoraient ou cachaient leur lieu de naissance ou qui n'étaient pas nés en France. Cet inconvénient fut supprimé par une circulaire du 30 août 1855 établissant à Paris, au ministère de la justice, un casier central pour tous ces individus. Un deuxième inconvénient, auquel il a aussi été porté remède en partie, se présentait par la crainte de l'encombrement des casiers après un long temps de fonctionnement de l'institution. Aussi les circulaires décidèrent-elles que les bulletins des condamnés envoyés dans les colonies pénitenciaires et de tout individu âgé de 80 ans seraient enlevés. — Malgré ces perfectionnements, le système des casiers judiciaires est encore actuellement l'objet d'attaques très vives de la part d'éminents criminalistes (1) ; ces attaques ont été renouvelées tout récemment encore à la Chambre des députés, lors de la discussion de la loi du 14 août 1885, par l'éminent évêque d'Angers (2). En dehors de la question de savoir s'il était bon de faire allusion dans une loi à cette institution créée par des circulaires ministérielles et que de nouveaux ministres pouvaient abolir, en dehors même de ce qu'on peut dire avec raison sur son illégalité, Mgr Freppel, d'accord en cela avec des députés d'opinions politiques bien différentes (3), a prétendu : « qu'il y avait beaucoup à dire sur l'utilité et la moralité de cette institution, surtout sur le mode de fonctionnement et l'abus permettant aux simples particuliers de s'en faire délivrer des extraits. ». Il lui a

(1) M. Bonneville, à son cours.

(2) Voir : Sirey, 1885, *Lois annotées*, p. 851 et suiv. Séance du 18 mai 1885.

(3) MM. Martin Nadaud et Henri Maret.

reproché surtout d'être une cause de l'augmentation des vagabonds, une pierre d'achoppement contre laquelle viennent se briser toutes les tentatives de la réhabilitation par le travail, et par là d'être une cause forcée de récidive; en effet, en vertu de la circulaire du 4 juin 1851 qui permet aux simples particuliers de se faire délivrer des extraits du casier judiciaire, tout individu qui sort de prison et qui cherche du travail, est obligé par les patrons à se faire délivrer son propre casier judiciaire; à la vue duquel il est impitoyablement refusé: d'où le vagabondage obligatoire qui mène fatalement au délit, en sorte que le casier judiciaire conduit au même résultat que l'ancienne surveillance de la haute police.

A ces critiques d'autres criminalistes en ajoutent de nouvelles: le casier judiciaire, disent-ils, est une aggravation de châtement terrible; pour qui sait la répulsion qui existe dans le public contre tout individu *qui a un casier judiciaire*, la condamnation inscrite fut-elle presque insignifiante, il y a dans le casier judiciaire pour le condamné repentant une souffrance morale plus effrayante que la souffrance physique de l'ancienne marque, tandis que le criminel endurci se soucie fort peu du casier; aussi cette crainte d'un casier judiciaire pousse-t-elle fréquemment les prévenus à cacher leur identité et à se faire condamner sous des noms quelconques, voire même sous le nom d'autres personnes. On ajoute (1) que le casier judiciaire est dans certains cas inique, en opposition avec les principes de la prescription, la loi de l'oubli, en ce qu'un criminel assez habile pour échapper à la justice n'aura pas de casier judiciaire après le délai de la

(1) M. Bonneville, à son cours.

prescription, tandis que celui qui aura subi sa peine pourra se voir reprocher sa faute toute sa vie; enfin on fait remarquer que le casier judiciaire n'offre pas plus de sécurité pour les renseignements que tout autre mode de recherches des antécédents, qu'il peut se trouver inexact, soit par erreur, soit par malhonnêteté du greffier.

5° *Doit-on conserver le casier judiciaire? — Perfectionnements possibles.* Nous répondons affirmativement sans hésitation. En dehors des avantages qui ne lui ont pas été contestés, la rapidité des renseignements et leur ingénieuse répartition qui assurent à la récidive une répression à peu près certaine, en dehors des avantages qui lui ont été contestés, à tort et en dépit d'inconvénients parfois exagérés dont on a voulu le charger, nous croyons le casier judiciaire appelé à rendre les plus grands services sous la simple condition de subir quelques légères modifications. Répondons d'abord à certaines objections qui nous ont semblé exagérées. On a reproché la publicité trop grande donnée au casier judiciaire quant aux rapports entre particuliers. Le rapporteur de la loi du 14 août 1885, qui répondait à Mgr. Freppel, a fait observer avec raison que la circulaire de 1851 ne nous régissait plus aujourd'hui, qu'une circulaire de M. Dufaure du 24 août 1876 portait : « Il est formellement interdit aux greffiers de délivrer à des tiers les bulletins numéro 2 du casier », et que « l'institution a pour but de renseigner la justice criminelle sur les antécédents des inculpés (1) ».

Toutefois il n'est guère possible de nier l'accroisse-

(1) Discours de M. Gomot, rapporteur. Chambre, séance du 18 mai 1885. *Journal officiel* du 19. *Débats parlementaires*, p. 841.

ment du vagabondage et de la récidive dans ces dernier temps; est-il dû exclusivement à ce que, les patrons exigeant la présentation du casier, les libérés se voient refuser tout travail? Non, quoiqu'il y ait une part de vérité. Cet inconvénient disparaîtrait si le casier judiciaire était déclaré incommunicable dans tous les cas aux particuliers et ne devait servir qu'aux parquets et aux administrations. — On a mis en avant les erreurs possibles des greffiers, soit volontaires, soit involontaires; cette critique ne touche en rien à l'institution elle-même, quel que soit le mode de constatation judiciaire, on aura toujours affaire avec des hommes qui peuvent se tromper, on pourra toujours se trouver en présence de malhonnêtes gens. Tout ce que la loi peut et doit faire, c'est de prendre tous les moyens pour éviter ces erreurs et prévenir ces fraudes. Outre un choix consciencieux à faire pour la nomination des fonctionnaires chargés du service des casiers judiciaires, il faut une surveillance et un contrôle bien organisés, des moyens faciles de réparer les erreurs toujours possibles, des mesures sévères pour la répression des fraudes de la part de ces officiers ministériels et pour la punition des prévenus qui, cachant leur véritable nom, donnent lieu à des substitutions parfois très fâcheuses.

On a proposé, pour remédier aux erreurs des greffiers et à la surveillance peu effective des parquets, un casier unique à Paris, avec un local et un personnel spécial, en plus des casiers de chaque arrondissement et l'obligation pour les maires d'envoyer à Paris un extrait de tous les actes de décès pour éviter l'encombrement, idée excellente, mais qui entraînerait des dépenses énormes et contre laquelle persiste l'objection du danger de perte totale en cas d'incendie. Quant

aux erreurs volontaires des greffiers, outre qu'elles sont rares, nous les croyons suffisamment prévues par les dispositions pénales auxquelles ils s'exposent ; et si l'erreur est involontaire, elle bénéficie au prévenu au cas d'omission, se répare facilement au cas d'inscription de condamnations en trop et expose les greffiers à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 1382.

Restent les faux noms que prennent les inculpés. D'abord quel est le moyen de rectifier quand ce fait est découvert ? La révision (art. 443 et suiv. C. inst. crim.) n'est pas applicable, car elle exige une condamnation injuste ; ce qui n'existe pas ici. Si le nom d'un tiers a été pris avec intention de nuire et que le prévenu ait signé ses interrogatoires, il pourra être jugé pour faux en écriture publique. Mais s'il n'y a pas eu intention de nuire, ou si le nom pris est imaginaire, là est la grosse difficulté (1). On pourrait créer dans la loi une procédure spéciale ; la victime de la substitution ou le parquet d'office saisirait un tribunal fixé, soit celui du domicile, soit celui du lieu de naissance, lequel ordonnerait, avec ou sans enquête, la rectification et condamnerait au besoin l'usurpateur à des dommages intérêts, s'il y avait lieu, et à une peine spéciale ; le droit de rectification appartiendrait en cas de mort aux héritiers de la victime. Enfin cette usurpation constituerait un délit spécial puni de peines sévères s'ajoutant à celle de la condamnation primitive.—M. de Neyremand, substitut à Strasbourg, proposait dans une affaire jugée en 1866 le moyen

(1) En pratique, lorsque la substitution de noms est découverte, le parquet qui la découvre en avertit le parquet du lieu de naissance qui rectifie (Circ. 23 mai 1853, § 10).

suivant : (1) on appliquerait une loi du 6 Fructidor an II (21 août 1794) dont l'article 3 punit de 6 mois d'emprisonnement et d'une amende égale au 1/4 de ses revenus toute personne portant ou prenant un autre nom que celui indiqué dans son acte de naissance (2); enfin la loi du 28 mai 1858 permet aux tribunaux d'ordonner la rectification au cas de titre usurpé en marge de l'acte où il a été pris. M. de Neyremand argumente de ce que l'article 484 du Code pénal n'a pas aboli la loi de l'an II. La question est discutable, mais il serait préférable qu'une disposition spéciale visât ce cas et édictât une peine sévère.

Nous terminerons cette étude sur la preuve de la récidive en disant un mot d'une nouvelle méthode qui n'est encore pratiquée qu'à Paris et qui est due au docteur Berthillon. Cette méthode appelée *anthropométrie* consiste à mesurer les condamnés d'une manière assez complète pour qu'on constate facilement en présence d'un prévenu si on a affaire à un repris de justice. Cette méthode a l'avantage de diminuer le nombre des erreurs possibles et de ne compromettre en rien le reclassement des libérés. Malheureusement, elle n'a pas encore reçu l'organisation complète qu'elle devrait avoir ; mais le temps n'est peut-être pas éloigné où elle sera d'un secours précieux dans la constatation de la récidive.

(1) Journal *Le Droit* du 22 juillet 1866.— M. Despatys, *Traité des casiers judiciaires*, 1810.

(2) *Bulletin des lois*, n° 44, 1^{er} trimestre, an II.

ARTICLE V

Exceptions aux règles ordinaires de la récidive.

Nous avons vu que notre législation pénale adoptait le système peu rationnel de la récidive générale. Il est cependant quelques hypothèses où le législateur s'est, pour ainsi dire forcé par l'évidence même, rangé à l'idée juste de la récidive spéciale. L'exemple le plus frappant, nous l'avons déjà vu dans la séparation complète établie entre les contraventions d'une part et les crimes et délits d'autre part; et suivant notre opinion cette même séparation existe entre les trois classes de contraventions. Des autres cas de récidive spéciale, l'un est prévu par le Code pénal lui-même dans les articles 199 et 200; c'est le cas du ministre du culte qui procède à la célébration d'un mariage religieux avant le mariage civil. Tous les autres sont dans les lois spéciales qui prévoient les infractions suivantes ; exercice illégal de la médecine avec ou sans usurpation de titre (loi du 19 Ventôse an IX, art. 35 et 36); infraction à la police rurale (l. 6 octobre 1791, titre 2); infraction à la loi sur les mines (loi du 21 avril 1810, art. 96); délits forestiers (code forestier, art. 201); délits de pêche (loi du 15 avril 1829, art. 69) (loi du 31 mai 1865); contravention à la loi sur le sel (loi du 17 juin 1840, art. 10); délits de chasse (loi du 3 mars 1844, art. 14 et 15); contravention à la loi sur les brevets d'invention (loi du 5 juillet 1844, art. 43); contravention

à la police des chemins de fer (loi du 15 juillet 1845 art. 21); usage de timbres-poste ayant déjà servi (loi du 16 octobre 1849); contravention aux dispositions de la loi du 22 février 1851 (art. 20) sur le contrat d'apprentissage; fraudes dans les ventes de marchandises (loi du 27 mars 1851, art. 4); contravention à la police du roulage (loi du 30 mai 1851 art. 5); contravention à la loi du 23 janvier 1873 sur la répression de l'ivresse publique (art. 1 à 8); contravention à la loi sur le travail des enfants dans l'industrie (loi du 19 mai 1874, art. 26); contravention à la loi du 23 décembre 1874 (art. 11 et 13) sur la protection des enfants du premier âge; contraventions à la loi du 12 juillet 1875 (art. 17 et 19) sur la liberté de l'enseignement supérieur; infractions à la loi sur la police sanitaire des animaux (loi du 21 juillet 1881, art. 35); pour l'Algérie, (décret du 12 novembre 1887, art. 43 à 48); contravention à la loi sur l'enseignement primaire obligatoire (loi du 28 mars 1882, art. 11 à 14); pour l'Algérie, (décret du 13 février 1883, art. 22 à 25); contraventions à la loi sur la fabrication et le commerce des armes (loi du 14 août 1885, art. 12 et 13); ouverture d'écoles primaires en contravention à la loi du 30 octobre 1886, (art. 39 et 40); fraudes dans la vente des beurres, (loi du 14 mars 1887, art. 9 et 10); contraventions à la loi sur la liberté des funérailles, punies des peines des articles 199 et 200 du Code pénal, (loi du 18 novembre 1887, art. 5); fraudes dans le commerce des engrais (loi du 4 février 1888, art. 1 à 3).

Dans certains cas les lois spéciales ont déclaré la récidive inapplicable; ainsi en a-t-il été pour la loi du 29 juillet 1881 sur la presse (art. 63) et pour la loi du 11 juin 1887, sur la diffamation par carte postale

qui renvoie aux pénalités de la loi du 29 juillet 1881 et spécialement à l'article 63.

Au principe rationnel que la récidive ne change pas la nature de l'infraction ni conséquemment celle de la peine, on trouve quelques exceptions. C'est d'abord le cas du ministre du culte qui procède au mariage religieux avant le mariage civil (1); les articles 199 et 200 du Code pénal le punissent pour la première fois de l'amende, pour la deuxième de l'emprisonnement correctionnel, et pour une nouvelle récidive d'une peine criminelle, la détention. La loi du 5 juillet 1844 (art. 43) sur les brevets d'invention, punit la contrefaçon d'une amende, et d'emprisonnement correctionnel en cas de récidive; de même pour l'usage de timbres-poste ayant servi (loi du 16 octobre 1849); l'ouverture d'écoles privées en dehors des conditions fixées par la loi du 30 octobre 1886 (art. 40). Une mention spéciale doit être faite pour l'infraction à l'article 6 de la loi du 22 février 1851 sur le contrat d'apprentissage, qui de contravention devient un délit en cas de récidive (art. 40), et pour l'infraction à la loi sur l'ivresse publique du 23 janvier 1873: la première infraction est une contravention, la deuxième également mais punie des peines de la récidive en matière de contravention (art. 474, 483, Code pénal), la troisième devient un délit; la quatrième se voit appliquer l'article 58 du Code pénal; la cinquième enfin emporte en plus l'interdiction de certains droits.

Signalons comme cas extraordinaires dans notre législation de récidives successives punies de peines graduées, les articles 199 et 200 du Code pénal, et la loi sur l'ivresse publique ci-dessus mentionnée. Enfin

(1) Même solution pour les contraventions à la loi du 18 novembre 1887, sur la liberté des funérailles (a. 5).

observons que pour un certain nombre de délits spéciaux, les lois ont posé un délai pour la récidive; ce délai est de douze mois dans les cas de délits de pêche, délits forestiers, délits de chasse, contraventions à la police des chemins de fer, à la loi sur le travail des enfants, à la police sanitaire des animaux, à la loi sur l'instruction primaire obligatoire, à la loi sur les fraudes dans les ventes de beurre; il est de cinq ans pour les délits de contrefaçons et les fraudes dans les ventes d'engrais (1).

CONCLUSION

De l'ensemble des dispositions législatives, que nous venons d'étudier, ressort bien clairement le besoin de réformes nombreuses à opérer. Quoi de plus contraire à la raison que ce système aveugle de la récidive générale, qui frappe sans fondement, augmente la peine du voleur parce qu'il a commis précédemment un adultère? Rien d'inique et d'inhumain comme ce Code qui refuse d'oublier la première faute après de longues années de bonne conduite; qui change la nature de la peine et va jusqu'à prononcer la mort contre l'individu qui pour les deux infractions était passible des travaux forcés à perpétuité (2). Comment qualifier un article 56, qui dans

(1) Voir les lois ci-dessus citées.

(2) On a objecté que cette solution s'impose, si on ne veut pas s'exposer à donner libre carrière au condamné aux travaux forcés à perpétuité qui ne verrait pas de peine supérieure applicable. Cette raison ne suffit pas; c'est à l'administration pénitentiaire à le mettre dans l'impossibilité de récidiver par une surveillance active; du reste le Code arrive à la barbarie en édictant la mort; qu'on se souvienne seulement que de simples attentats à la propriété sont punis des travaux forcés à perpétuité (Art. 381 à 404).

son dernier alinéa, au cas d'infractions militaires et d'infractions de droit commun, fait dépendre du pur hasard l'aggravation de la récidive? Si l'on ajoute à toutes ces critiques le peu de clarté des textes, les difficultés d'interprétation auxquelles donnent lieu les articles 56 à 58, on se rendra compte facilement de la nécessité de réformes à peu près totales.

Nous avons déjà indiqué comment devait, suivant nous, s'entendre l'application de la récidive spéciale, comment elle supprimerait des aggravations de châtimens absolument iniques; nous avons vu aussi comment un délai s'impose et les données d'après lesquelles on peut le déterminer; nous avons signalé également que beaucoup de législations étrangères étaient en progrès sur la nôtre à cet égard.

Une réforme d'une importance considérable et qui aurait des effets multiples, a été demandée par des esprits éminents (1). On critique avec raison la division nouvelle des infractions en contraventions, délits et crimes, et on propose de revenir à l'ancienne distinction de notre ancien droit en peines du grand criminel et peines du petit criminel, les premières s'appliquant aux faits d'une immoralité bien démontrée, les seconds aux faits non intentionnels, qu'il est cependant bon de réprimer au nom de l'utilité générale : ainsi a fait le nouveau Code pénal des Pays-Bas de 3 mars 1881; ainsi l'entend également le projet du Code pénal qui doit être présenté à la chambre italienne par M. Zanardelli (2). Cette réforme se complèterait par une division plus rationnelle des peines privatives de liberté si nom-

(1) M. Bonneville, à son cours.

(2) Voir la promesse de cette réforme dans le discours de la couronne lu au nom du roi Humbert le 16 nov. 1887.

breuses chez nous, si peu différentes dans leur exécution pratique, voire même d'autant plus douces qu'elles sont théoriquement plus sévères (1). Pourquoi tant de peines privatives de liberté (2)? La différence entre les délits ne devrait se sentir que dans le taux. Nous avons encore ici été devancés par les lois étrangères : le Code des Pays-Bas (du 3 mars 1881) ne reconnaît que deux peines privatives de liberté, l'emprisonnement (*gevangenisstraf*) pour cinq ans au plus, et la détention (*hechtenis*) qui peut être perpétuelle.

Etant donné ces deux réformes combinées avec l'adoption de la récidive spéciale et d'un délai à fixer, la récidive ne serait qu'une circonstance aggravante du délit ; l'augmentation de peine ne devrait consister que dans une augmentation de la durée, sans changement dans la nature de la peine. Ainsi en est-il dans le Code des Pays-Bas, où l'augmentation, pour tous les cas, est du tiers en sus de la peine ordinaire, en Autriche (art. 37, §§ 1 et 2, et 42), en Prusse, en Norvège, en Danemarck, au Brésil, dans le grand duché de Bade, dans le projet de Code pénal pour la Suède (3), en Espagne, en Portugal (4). Chez nous, nous voyons l'art. 56 passer d'une peine à une autre ; il en est de même en Belgique, où cette rigueur est toutefois mitigée par la faculté donnée au juge de ne pas l'appliquer.

(1) Personne n'ignore la crainte qu'inspire aux accusés la perspective de la réclusion comparée à la peine des travaux forcés.

(2) La même chose existe en Hongrie où on compte : La maison de force (a. 29), la prison d'Etat (a. 35), la réclusion (a. 37) et la prison (a. 40). En France, ce sont : l'emprisonnement correctionnel, la réclusion, la détention, les travaux forcés et même en pratique la déportation.

(3) *Revue étrangère et française de législation*, t. 3, p. 200.

(4) Toutefois en Portugal, si la peine est perpétuelle, on applique la peine supérieure.

CHAPITRE II

MOYENS PRÉVENTIFS

L'idée générale que nous avons de la législation du Code de 1810 en matière de récidive, nous explique comment la répression fut à peu près le seul but du législateur, répression sévère, quoique défectueuse par certains côtés, ne laissant aucune place à la clémence, à l'idée féconde de l'amendement. La société qui frappait sans pitié avait méconnu ses devoirs en ne cherchant pas à reclasser les coupables, en laissant de côté à peu près complètement cette idée de repentir, la plus sûre garantie contre la récidive; elle n'avait pas même pris les précautions les plus élémentaires pour empêcher la peine d'être corruptrice; puisqu'elle ne s'efforçait pas de rendre les condamnés meilleurs, tout au moins devait-elle ne pas les rendre pires. Voilà cependant où en était notre législation pénale en 1810. Ce n'est que plus tard, et peu à peu, que la pensée de chercher les causes de la récidive, de s'attaquer au mal dans sa racine, se fit jour timidement; nous suivrons ces progrès pas à pas.

Pour étudier avec fruit les moyens préventifs à appliquer à la récidive, pour juger sainement ceux qui ont été essayés, il est nécessaire de faire la lumière aussi complète que possible sur ce mal, d'en analyser les causes soit générales soit spéciales à notre époque et à notre pays. Toutes les institutions

diverses, qui ont vu le jour dans notre siècle, ont agi sur la récidive soit pour la diminuer soit pour l'augmenter ; il est d'usage d'en apprécier les effets en recourant aux statistiques ; nous y recourrons aussi, mais prudemment, et toujours avec une certaine méfiance ; les chiffres seraient-ils exacts, qu'il est toujours difficile de discerner bien exactement à quelle influence est due une recrudescence ou une amélioration dans la criminalité, surtout si plusieurs institutions se neutralisent dans leurs effets.

La tâche est délicate, difficile. D'éminents criminalistes l'ont tentée avant nous ; ils sont arrivés parfois à des conclusions bien différentes. Nous n'exposerons cependant pas leurs idées sans nous prononcer ; nous le ferons sans présomption, reconnaissant que, comme tout autre, plus que tout autre, nous sommes sujet à nous tromper, et prêt à nous ranger aux opinions dont on nous montrerait la supériorité.

Parmi les causes générales de la récidive, il en est qui sont plus générales encore, en ce qu'elles portent à commettre la première comme la seconde infraction à la loi pénale. Ces causes, nous les examinerons succinctement, puisqu'il nous est impossible de les omettre. Observons toutefois que ces causes n'enlèvent en rien à l'individu la responsabilité de ses actes coupables ; tout au plus l'état social peut-il être une cause d'atténuation de la peine ; et plus la société aura fait pour prévenir les infractions, moins les contrevenants seront excusables. Les conditions d'existence et les milieux, il faut le reconnaître, sont souvent pour certains individus une cause de crimes ; la société, qui les crée souvent d'une manière inconsciente, ne peut évidemment les supprimer, mais elle a le devoir de les atténuer. Bien des fautes, bien des récidives

sont dues à l'ignorance, à la misère, au manque d'éducation. Tout ce qui sera fait pour l'atténuation de ces misères sociales, pour l'amélioration du sort de certaines classes, constituera un pas de plus vers la diminution de la criminalité et de la récidive. Mais ce sont là des questions qui sont plutôt du ressort de l'économie politique; nous passerons donc rapidement, en nous contentant de signaler les efforts faits dans le cours de ce siècle pour atteindre ce triple but : les lois sur l'enseignement primaire rendues à toutes les époques (1) ; les lois sur l'enfance abandonnée (2), les lois sur l'assistance publique, sur les caisses de retraite pour la vieillesse (3), les caisses de secours en cas d'accidents, de maladies ou de chômage (4), et en général toutes celles qui peuvent avoir pour objet d'assurer aux classes pauvres un travail rémunérateur, d'encourager chez elles la prévoyance et l'épargne.

D'autres causes générales de la criminalité en général et de la récidive en particulier se rattachent plus particulièrement à la législation pénale. Une première cause indéniable réside dans ce que l'effet salutaire, que la loi devrait inspirer par la seule menace du châtiment, ne se produit pas, à raison du peu de publi-

(1) Celle qui nous régit actuellement est du 28 mars 1882.

(2) Voir la loi du 5 mai 1869 qui substitue le régime des secours à celui des tours : ce système, qui dans bien des cas peut devenir pour la mère un élément de moralisation, a fait diminuer les abandons dans la proportion de 30 à 50 0/0. Il préviendrait aussi les infanticides, s'il n'étaient encouragés par la faiblesse bien connue du jury.— Voir le projet Belle. Rapport de M. Yves Guyot, déposé le 14 mars 1887. *Officiel* du 15. Déb. parl. Chambre, p. 711.

(3) Loi du 20 juillet 1886.

(4) Voir le projet de M. Audiffred pour les ouvriers mineurs. Rapport de M. Audiffred, déposé le 21 mars 1887, *Journal officiel* du 22. Déb. parl. Chambre, p. 767.

citée effective ni de la loi ni de l'exécution des peines : avouons, en effet, que la publicité qui résulte du décret du 5 novembre 1870 se réduit à rien pour la masse des criminels généralement peu instruits ; combien parmi eux savent au juste quel châtiment ils encourent et peuvent hésiter avant de commettre leurs méfaits ; il en est de même de la peine qui, si elle ne peut pas s'exécuter publiquement, devrait néanmoins frapper le public grâce à un affichage bien organisé des condamnations encourues ; et quelle crainte peut inspirer cette peine de mort dont l'exécution, inconnue des gens honnêtes ou susceptibles de retour au bien, n'est qu'une parade devant des individus tarés (1) ; à l'effet préventif de la peine devrait s'ajouter une certitude plus grande du châtiment ; l'espérance d'échapper à la justice est pour beaucoup dans les motifs qui poussent le criminel à l'exécution de ses desseins. « Ce qui pousse le malfaiteur au crime, dit M. Bonneville de Marsangy (2), c'est l'espoir de l'impunité ; sur 100 crimes commis, 75 sont poursuivis qui aboutissent à 50 condamnations et 25 acquittements ; les chances d'être puni et de ne l'être pas sont donc égales ; et même beaucoup ne sont pas connus. » Les remèdes proposés sont nombreux : le concours de tous les citoyens à la recherche des crimes (la non-révélation d'un crime connu devrait être une sorte de complicité) ; la protection plus efficace des témoins contre les vengeances possibles, et aussi, il faut le dire, contre les

(1) Nous préfererions le système de l'exécution dans la prison, mais avec des moyens qui avertissent le public de l'expiation, comme en Angleterre : la publicité serait effective, tout en étant débarrassée des scènes scandaleuses que les exécutions ont produites bien souvent. Un projet de loi demande aujourd'hui la suppression de la publicité des exécutions.

(2) *De l'amélioration de la loi criminelle*, t. I^{er}.

diffamations dont ils sont parfois l'objet, quand on discute leur témoignage; l'augmentation du personnel et des moyens de la police judiciaire, dont on activerait le zèle par des primes pécuniaires ou honorifiques (1); l'intérêt donné à tous dans la poursuite des malfaiteurs, en affectant les amendes en tout ou partie aux besoins de la commune où ils seraient trouvés (2); une sévérité plus grande de la part du jury pour certains crimes (3).

La criminalité enfin pourrait être diminuée, si on remédiait à un 3^e groupe de causes spéciales à notre pays et à notre époque. C'est d'abord le peu d'action laissé à la police dite préventive, dont le but est de prévenir les méfaits; son influence est entravée par l'état de nos mœurs, par le mépris qu'elle inspire, au point qu'on voit tous les jours des honnêtes gens se faire l'écho des injures prodiguées contre elle et prendre au besoin parti, sans motifs, pour des scélérats contre ces agents; Cela vient de ce que les hommes d'ordre acceptent sans contrôle toutes les calomnies inventées par les malfaiteurs qui redoutent la police; cela vient aussi, il faut l'avouer, du recrutement parfois défec-

(1) Mais cette mesure demande comme correctif un choix plus judicieux des agents, un recrutement irréprochable. Quant aux primes elles ne seraient accordées qu'au cas de condamnation, pour modérer les excès de zèle.

(2) Ainsi avait fait l'Assemblée Constituante dans la loi du 6 oct. 1791 sur la police rurale.

(3) Ainsi, grâce à la faiblesse du jury, les infanticides ont augmenté dans la proportion de 49 0/0 depuis la rédaction du Code. La statistique donne pour les années 1880 à 1885 une proportion d'acquittements de 46 0/0; ce qui tient peut-être à la sévérité excessive de l'article 302 qui édicte la peine de mort. (Discours de M. Jordain, avocat général, à la rentrée des tribunaux de Toulouse 1885). En 1856, M. Bonneville de Marsangy comptait un accroissement de 48 0/0 pour les viols et attentats à la pudeur, tandis que les crimes contre la propriété, qui trouvent rarement grâce devant le jury, avaient diminué de 18 0/0.

tueux des agents, et cependant combien de délits n'empêche-t-elle pas de se commettre : « A raison de sa charge qui l'oblige à s'opposer à tout pouvoir mal-faisant, avant même que le délit ne se commette, elle supporte pour ainsi dire tout l'odieux du droit pénal ; elle n'a pas la faculté d'y opposer comme correctif l'aspect horrible du crime que son action empêche d'apparaître. Le peuple sent donc le poids des entraves qui l'étreignent, sans avoir idée des calamités dont on le délivre (1) » Un 2^e moyen de prévenir les crimes est proposé par M. Bonneville de Marsangey (2) ; quand par des faits extérieurs, des menaces, ou tout autre moyen, ou, lorsqu'à la suite d'inconduite notoire d'un individu le ministère public peut présumer qu'une infraction est possible, ne serait-il pas bon que cet individu fût appelé par le Procureur de la République ou tout autre fonctionnaire de la police judiciaire, qui l'avertirait de ce qui l'attend au cas d'infraction et lui ferait savoir par là même qu'étant surveillé il ne doit pas compter sur l'espoir de l'impunité ! Enfin deux autres causes exercent une influence incontestable sur la criminalité : le vagabondage dont nous aurons à reparler, et l'ivresse ; ce dernier fléau est particulièrement à l'ordre du jour ; c'est un chemin qui conduit le plus souvent au crime ou à la folie, et la liberté laissée aujourd'hui à l'ouverture des cabarets (1) en a augmenté le nombre dans une proportion effrayante que devrait au moins compenser une surveillance plus grande de ces établissements.

On voit déjà que de réformes il y a à accomplir pour

(1) M. Roland, *Esprit du droit pénal aux différentes époques*. Thèse. Dijon, 1880.

(2) *De l'amélioration de la loi criminelle*, t. 2.

(3) Loi du 17 juillet 1880.

diminuer la criminalité, et cependant nous n'avons fait que passer en revue succinctement celles qui sont générales pour prévenir les infractions.

Leur influence sur la récidive n'en est pas moins incontestable, mais il faut reconnaître que ce résumé n'a guère été qu'une digression dans notre étude, digression qu'on nous pardonnera ; mais il était bon au moins d'indiquer brièvement les idées des meilleurs esprits sur les moyens préventifs des délits.

Ce que nous avons à faire maintenant, c'est de nous placer dans l'hypothèse où nous avons en notre présence des individus déjà condamnés une première fois : nous nous demanderons alors quelles sont les causes spéciales qui font qu'un si grand nombre parmi eux retombent dans le crime ou le délit, ce qu'a fait la législation antérieure à 1885, et les réformes qui ont été proposées.

Trois causes principales expliquent l'augmentation des récidives : la perspective séduisante de la peine des travaux forcés comparée du moins aux peines d'emprisonnement et de réclusion subies en France ; les vices de notre système pénitentiaire ; et surtout les difficultés insurmontables mises par nos mœurs au reclassement des libérés.

1° Mauvaise classification des peines

Toute peine doit répondre, en principe, aux trois buts suivants : expiation de la faute, exemple pour l'avenir, amélioration du coupable. Si de ces trois buts le dernier est de la plus haute importance, il n'en est pas moins vrai que la répression est de l'essence même de la peine, et qu'une peine qui n'afflige pas doit être rayée de tout Code. Malheureusement c'est ce qui

existe aujourd'hui pour notre peine des travaux forcés. Même en mettant de côté ce vice particulier à cette peine, que nous avons déjà signalé, de renverser l'échelle des peines, nous constatons qu'en pratique elle est tellement atténuée dans son exécution qu'elle se réduit à rien. Les magistrats, les directeurs de prison, savent parfaitement quelle joie procure à certains condamnés profondément viciés la perspective d'aller à la « Nouvelle », au point que des condamnés à la réclusion commettaient des crimes dans leur lieu de détention pour être envoyés aux travaux forcés (1). Cette bonne renommée, attribuée par le monde des criminels à la peine de la transportation, est-elle due à l'ignorance ; est-ce le fruit d'une illusion, un rêve créé par la perspective de voir des pays inconnus ? Malheureusement non, car l'expérience aurait bientôt détruit une pareille erreur. Nous n'avons qu'à voir comment s'exécute cette peine, et la comparaison se fera tout naturellement avec la prison et la réclusion. Nous n'entrerons pas, on le comprend, dans tous les détails ; nous renverrons seulement ceux qui désirent s'instruire à la loi du 30 mai 1854 et aux décrets des 31 août 1878 et 18 juin 1880.

En quoi consiste cette peine ? La seule chose qui soit réellement afflictive est, au commencement seulement, l'impossibilité d'aller et de venir ; le travail n'y est pas plus pénible qu'ailleurs, c'est le travail industriel ou agricole comme le pratiquent nos ouvriers et nos laboureurs ; du reste, le travail n'est pas une peine, puisque honnêtes gens et condamnés sont soumis à sa loi (2). Dans son exécution normale, abstrac-

(1) Une loi du 25 déc. 1880 est venue déjouer ce calcul en déclarant qu'ils subiraient leur peine des travaux forcés en France, dans la maison centrale.

(2) M. Bonneville, à son cours.

tion faite des châtimens infligés à l'insubordination ou à l'inconduite, cette peine peut à peu près se comparer à la situation d'ouvriers internés pour un certain temps. Cet internement, à la vérité, constituerait bien une privation réelle, si la loi et les décrets précités n'avaient apporté à l'exécution la possibilité de correctifs qui en détruisent la portée. Au cas de bonne conduite, bien souvent au cas d'hypocrisie, bonne conduite qui ne doit pas faire des condamnés un sujet d'admiration, puisqu'ils ne remplissent que leur strict devoir, après une épreuve de peu de durée (dix-huit mois), pendant laquelle les améliorations en salaire et en traitement vont s'accroissant, un forçat peut être à gages chez les colons, ou être colon lui-même avec concession de terres et avantages de toutes sortes, sous la seule réserve d'une honnêteté relative. Qu'on fasse la comparaison avec la situation de nos condamnés qui subissent leur peine en France dans une maison centrale ou même une prison départementale, et la conclusion ne sera pas difficile à tirer. Nous ne nous arrêterons pas davantage sur ce système de la transportation des criminels ; nous aurons à y revenir plus longuement quand nous étudierons la relégation. Nous ne croyons pas avoir exagéré : le besoin de réformes s'est fait sentir ; la peine des travaux forcés, même à perpétuité, a paru tellement douce, surtout quand elle se substitue à la peine de mort à la suite de circonstances atténuantes accordées par le jury ou à la suite de la grâce, qu'un projet de loi demande aujourd'hui une aggravation de régime pour ces hypothèses (1).

(1) Projet de MM. Bérenger, Bardoux et de Marcère. Rapport sommaire de M. de Diancourt déposé au Sénat le 14 nov. 1887, *Officiel* du 15. Sénat, Déb. parl., p. 897. Ce projet a été pris en

2° Vices du système pénitentiaire actuel

La peine, nous l'avons dit, doit tendre, en dehors de l'expiation et de l'exemple, vers l'amendement du coupable. En enlevant au condamné sa liberté, la société lui doit les moyens de se régénérer, l'instruction, la moralisation et surtout ce minimum de garantie, la préservation de la contagion. « Le dernier pas dans la voie du perfectionnement serait un système pénal qui aurait l'intérêt public pour mobile, la mesure de cet intérêt pour règle, la justice pour principe, et l'amélioration du coupable pour but accessoire (1). » Malheureusement la peine est si peu réformatrice chez nous, qu'il n'y a pas un auteur, pas un orateur, qui n'ait parlé maintes et maintes fois de la corruption des prisons; là, les plus pervers se constituent en une espèce d'aristocratie du crime, se prévalant de leurs méfaits comme d'un titre à l'admiration de leurs co-détenus; ils font école, enseignent l'art de s'y prendre pour éviter la justice, combinent à l'avance les coups qu'ils exécuteront au sortir de la prison, et, grâce à leur influence, ils enchaînent les malheureux qui ont encore quelques remords dans une association qui ne les lâche plus et à laquelle, du reste, ils n'auraient ni la force ni le courage de se soustraire. Cela est si vrai que d'éminents auteurs, MM. F. Hélie et Chauveau (2) déclarent, qu'en présence de l'état actuel de nos prisons ils sont forcés de reconnaître que l'aggravation pour cause de récidive est illégitime et inutile.

considération par le Sénat le 18 nov. *Officiel*, du 19. Déb. parl., p. 937.

(1) M. Roland, *Esprit du droit pénal aux différentes époques*.

(2) *Théorie du Code pénal*.

Ce système de l'emprisonnement en commun a été depuis longtemps jugé et condamné. Mais si tout le monde est d'accord pour le supprimer, la difficulté est grande quand il s'agit de savoir par quoi on le remplacera. Nous verrons quels systèmes ont été proposés et appliqués; nous verrons les résultats qu'ils ont produits; et de la comparaison ainsi faite, nous tirerons la conclusion en faveur de l'un ou l'autre système.

UN PREMIER SYSTÈME fait consister le remède dans la transportation des condamnés : ce système, qui n'a jamais été appliqué aux délits d'une gravité moindre, à l'exception toutefois du vagabondage, n'est plus pratiqué qu'en France, où la loi du 30 mai 1854 en fait le mode d'exécution de la peine des travaux forcés (1), et en Russie où elle ne tardera probablement pas à disparaître (2). Nous renvoyons l'étude de ce système et son appréciation à notre seconde partie, quand nous verrons la loi du 27 mai 1885. Disons dès maintenant que pour nous ce ne peut être un bon mode d'exécution d'une peine.

UN DEUXIÈME SYSTÈME porte le nom de *Système de Philadelphie*, parce qu'il est en usage dans les prisons de cette ville; il consiste dans l'emprisonnement cellulaire de jour et de nuit. Ce système est celui qui dans presque tous les pays prédomine de nos jours; toutes les réformes faites dans les prisons tendent à son application; toutefois dans le plus grand nombre

(1) La loi du 27 mai 1885 l'applique aux récidivistes spécialement visés par elle.

(2) Le secrétaire de la commission de réforme pénitentiaire de Russie, M. Kokovtzeff a lui-même critiqué la transportation au congrès pénitentiaire international de Stockholm en 1878.

d'Etats il n'est appliqué qu'aux peines de courte durée (1).

Et cependant ce mode d'exécution de la peine a été et est encore de nos jours l'objet des plus vives attaques; on a fait valoir principalement que l'homme est un être sociable, que l'isolement prolongé amène la prostration des forces intellectuelles et physiques; la cellule, dit-on, abat l'âme sans la moraliser (2). « L'isolement cellulaire, dit M. Ch. Lucas, ne permet ni l'initiative, ni l'épreuve, ni l'effort sans lesquels il ne peut y avoir ni moralité ni moralisation ». Enfin on complète le tableau en déclarant que ce système conduit presque fatalement au suicide ou à la folie. Sans vouloir adopter sans réserves ce système, faisons cependant justice de ces attaques. Le système cellulaire n'est pas au dessus de la nature humaine, pour peu que l'isolement soit rendu moins rigoureux par le soin de mettre le prisonnier en rapports continuels avec les gens chargés de le surveiller, de l'instruire, de le moraliser, et aussi avec toutes les autres personnes qui s'intéressent à l'œuvre si féconde de la régénération des condamnés. Veut-on avoir sur ce sujet

(1) En Hollande, l'emprisonnement (maximum 5 ans) se subit suivant le système de l'isolement absolu; la détention qui peut être perpétuelle se subit dans l'isolement absolu pendant les cinq premières années; au-dessus la peine est subie en commun par division en quartiers. En Belgique, on applique le système de Philadelphie avec réduction de peine progressive, correspondant au nombre d'années pendant lequel le régime cellulaire a été appliqué. En Danemark, le système cellulaire est appliqué aux prisonniers jeunes, condamnés pour la première fois à moins de trois ans et demi; les prisonniers âgés, ceux condamnés à plus de trois ans et demi et les récidivistes subissent l'emprisonnement en commun. En Suède, la transformation des prisons d'après le système cellulaire s'avance; en 1880, 25 provinces ont en tout 78 prisons cellulaires. La transformation va plus lentement en Prusse, en Autriche, en Italie, en Russie.

(2) M. Bonneville, à son cours.

l'opinion de la médecine? En 1839, l'Académie de médecine ayant à se prononcer à ce sujet à propos d'un ouvrage de M. Moreau-Christophe, inspecteur général des prisons de France (1), nomma une commission de cinq membres qui répondit ainsi dans son rapport : « Si la commission avait à exprimer son opinion sur la préférence à accorder à un système pénitentiaire, elle n'hésiterait pas à se prononcer pour le système de Philadelphie, comme le plus favorable à la réforme. La commission, n'ayant à se prononcer que sur la question sanitaire, est convaincue que le système de Philadelphie, c'est-à-dire la réclusion solitaire et continue de jour et de nuit, avec travail, conversation avec les chefs et les inspecteurs, n'abrége pas la vie des prisonniers et ne compromet pas leur raison ». L'expérience a donné raison à la commission. La mortalité, d'après des enquêtes faites de 1840 à 1847, a été, dans les prisons cellulaires de Mazas (de 1 1/2 0/0), de la Roquette (2 0/0), de Louvain en Belgique, 1 4/10 0/0; en Hollande et en Norwège (moins de 1 0/0), tandis que dans nos prisons départementales, où existait encore le régime en commun, elle était de 3 à 5 0/0. Les cas de folie à la Roquette et à Mazas se sont élevés à 19 pour 1.000 et à 22 pour 1.000 dans les prisons départementales; les suicides sont également restés moins nombreux dans les prisons cellulaires.

LE TROISIÈME SYSTÈME prend le nom de *système d'Auburn*, et se résume dans l'emprisonnement cellulaire pendant la nuit et le travail en commun pendant le jour. Préférable à l'emprisonnement en commun le jour et la nuit, ce système, qui n'est guère

(1) *De la mortalité et de la folie dans le système pénitentiaire.*

pratiqué, a contre lui tous les griefs que soulève l'emprisonnement en commun, puisque pendant tout le jour les prisonniers sont mêlés.

Enfin, *UN QUATRIÈME ET DERNIER SYSTÈME* a pris naissance en Angleterre et en Irlande. Là, la peine est divisée en quatre ou cinq phases successives. 1° On commence par un emprisonnement cellulaire de neuf mois, que le condamné peut abréger par sa bonne conduite et pendant lequel il reçoit l'instruction et l'éducation religieuse, mais sans travail ; 2° puis le condamné passe dans la seconde phase, où le travail lui est accordé comme une faveur, mais ce travail se fait en commun ; et avec le système des marques les condamnés sont divisés en catégories, suivant le degré d'amendement, et une faute peut faire changer de classe ; 3° (en Irlande seulement) le condamné est mis ensuite dans ce qu'on appelle *la prison intermédiaire*, sorte de caserne où les détenus rentrent le soir après avoir travaillé au dehors, où la surveillance se fait à peine sentir, ce qui prépare le reclassement ; 4° la liberté provisoire ; 5° la liberté définitive (1).

Si l'on veut opter entre ces différents modes d'exécution des peines, et si l'on s'en rapporte à la raison et au sens intime, la préférence doit être donnée, sans contredit, au *système irlandais*, où le condamné fait, par une série successive de changements dans sa situation, l'apprentissage de sa liberté, grâce à une série de mesures qui préviennent les erreurs que pourrait amener l'hypocrisie. Ce système est en même temps qu'afflictif le meilleur moyen de faire naître

(1) Ce système est pratiqué aussi en Suisse. En Hongrie, il y a quatre phases : la cellule pendant un an au plus pour les condamnés à la maison de force, à la réclusion ou à la prison, puis l'emprisonnement en commun de jour seulement, l'établissement intermédiaire et la liberté conditionnelle. Les condamnés à la prison d'Etat ne sont pas mis en cellule.

dans l'âme du condamné les sentiments honnêtes qui sont en réalité la seule garantie efficace contre les récidives. Les résultats qu'il a produit en Angleterre et surtout en Irlande, où le paupérisme semblait devoir être le plus grand obstacle à sa réussite, ont dépassé les prévisions les plus optimistes. Nous le constaterons, quand nous aurons à parler de la libération conditionnelle.

L'emprisonnement cellulaire complet n'a pas donné de résultats bien concluants. En Belgique, où existe la prison cellulaire de Louvain qu'on s'accorde à prendre comme type, les résultats paraissent surprenants ; M. Thonissen, représentant ce pays au Congrès de Stockholm, adonné les chiffres suivants : de 1840 à 1849, 31 % des accusés passant en Cour d'assises étaient récidivistes ; ce chiffre était de 1850 à 1855, de 33 % ; de 1855 à 1860, de 46 % ; et en 1862 de 55 % ; or, lorsqu'on a pu occuper la prison de Louvain, on y a mis 72 % de récidivistes et 28 % de condamnés non récidivistes ; depuis, les récidivistes n'ont retombé que dans la proportion de 26 % et les autres condamnés dans celle de 4 1/2 % ; pour toute la Belgique le nombre des prisonniers s'était abaissé, en 15 ans, de 1865 à 1880, de 7000 à 4000. En Suède (1) au contraire les résultats satisfaisants au point de vue de la criminalité générale, ont été mauvais pour la récidive ; on constate qu'en 1840, avant la réforme, il y avait 17,636 détenus sur une population de 3.138.837 habitants, et en 1870, sur 4.168.180 habitants, il n'y a plus que 13.127 détenus (2) ; les rapports fournis par la direction des prisons en

(1) La réforme des prisons a commencé en 1855.

(2) Aperçu sur la législation pénale et les établissements pénitentiaires en Suède, par G. Fr. Alinquist.

Suède constatent au contraire que la proportion des récidivistes, ayant subi déjà un emprisonnement cellulaire pour vol, qui était en 1859 de 9 %, a été en 1870 de 20 %, en suivant une progression constante ; la proportion des récidivistes ayant été condamnés aux travaux publics ou aux travaux forcés qui se subissent en commun, était de 33 % en 1859 et de 38 % en 1870 (1). Le résultat est également douteux en Prusse. « D'après les expériences faites, notamment en Prusse, il n'y a guère lieu d'admettre, tout bien considéré, que le nombre des récidives, parmi les délinquants contre la propriété, se soit amoindri, lorsqu'ils ont subi leurs peines, précédemment encourues, dans les prisons cellulaires (2). »

Ces résultats n'infirmen en rien l'opinion que nous avons sur le système cellulaire. En dehors de cette idée qu'on ne peut nier, qu'au moins il empêche la contagion, le peu de succès obtenu en Prusse et en Suède est peut-être dû à des causes d'une autre nature, comme le défaut d'instruction, d'éducation morale et religieuse, d'essais de la liberté, de mesures comme la patronage, etc. ; et, en effet, toutes ces choses n'existent pas en Suède, comme le constate M. d'Olivecrona, dont nous venons de citer l'ouvrage, qui réclame à grands cris des réformes en ce sens ; tandis que la Belgique et la Hollande, l'Angleterre et l'Irlande, qui ont su fonder tout leur système sur l'amendement facilité par des mesures de toute nature (3), ont réussi, grâce à l'heureuse combinaison de ces essais progressifs de la liberté.

(1) *Des causes de la récidive et des moyens d'en restreindre les effets*, par K. d'Olivecrona, conseiller à la Cour suprême du royaume de Suède. Paris, chez Durand et Pédone-Lauriel.

(2) Etat actuel des prisons en Prusse, Berlin, 1872, p. 6.

(3) L'entrée des prisons est ouverte à toutes les personnes charitables, sous quelques garanties prises contre les abus.

Ceci étant dit, voyons rapidement ce qu'étaient nos prisons en France et quels progrès on a tentés jusqu'à présent.

Le Code pénal avait déterminé lui-même les lieux d'exécution des différentes peines : à prendre seulement celles dites de droit commun, les travaux forcés s'exécutaient en plein air, partout où l'administration trouvait des travaux pénibles à faire exécuter (1) ; les maisons de force étaient réservées aux réclusionnaires des deux sexes (a. 21) et aux femmes condamnées aux travaux forcés (a. 16) (2) ; les maisons de correction devaient renfermer les condamnés correctionnellement (a. 40). En principe il n'en fut pas ainsi, et, en dehors des travaux forcés, il y a en réalité deux sortes de prisons, les maisons centrales appartenant à l'Etat et les prisons départementales, propriétés des départements.

Les maisons centrales (3) renferment dans des maisons ou des quartiers distincts : 1° Les condamnés aux travaux forcés à la suite de crimes commis dans la prison (loi du 25 décembre 1880), ou ayant plus de 60 ans (art. 5, loi du 30 mai 1854) ou du sexe féminin (non transportées) (art. 4, loi du 30 mai 1854) 2° les réclusionnaires ; 3° les condamnés à l'emprisonnement correctionnel de plus d'un an et un jour (loi du 5 juin 1875) sauf exceptions. Les prisons départementales renferment les autres condamnés correctionnellement. Or avant 1875 tous les condamnés et même les prévenus

(1) Actuellement, depuis la loi du 30 mai 1854, c'est le système de la transportation ; nous l'avons déjà apprécié.

(2) La loi de 1854 rend la transportation facultative pour les femmes.

(3) Décrets des 16 mars et 16 juin 1810 ; ordonnances du 2 avril 1817 et du 6 juin 1830 ; règlement du 10 mai 1839 ; circulaire du 8 juin 1842 ; décret du 23 mai 1873 ; arrêté du 26 mai 1873.

ou accusés étaient, sauf quelques distinctions en classes ou quartiers, dans la promiscuité la plus absolue de jour et de nuit. Cependant des réformes avaient déjà été faites par la séparation des jeunes détenus qu'on envoyait dans des colonies pénitenciaires spéciales, parmi lesquelles on doit citer celles de Mettray et du Val d'Yèvre (1); puis par la création dans chaque prison de quartiers d'amendement pour ceux chez qui se manifestaient des signes de repentir.

C'était déjà quelque chose, mais pas encore assez. La loi de 1875 a fait un nouveau pas dans la voie du progrès, en édictant en principe l'application du système cellulaire aux courtes peines et en conséquence la transformation des prisons départementales réservées désormais aux condamnés à moins d'un an et un jour de prison. Malheureusement le législateur se heurta à des résistances de la part des conseils généraux qui ne pouvaient, faute d'argent, opérer cette transformation, qui dut rester facultative, avec secours de l'Etat; en conséquence, la loi décida que toute prison nouvelle serait construite d'après le système cellulaire, et, en attendant le complet achèvement, que les cellules seraient données dans l'ordre suivant : 1° prévenus et accusés; 2° condamnés à un an de prison au plus, dans la limite du possible; 3° en cas de places libres, condamnés à plus d'un an qui en font la demande et le méritent; et pour tous il y a réduction de 1/4 de la peine subie en cellule. En 1884, sur 437 prisons départementales, 10 seulement sont organisées d'après le système cellulaire. On voit donc que

(1) Elles sont proposées comme modèles par M. d'Olivecrona qui les a visitées : le principe est la régénération par le travail agricole, avec l'éducation morale et la préparation à des carrières honnêtes (valets de ferme, laboureurs, soldats).

cette loi ne sera appliquée complètement qu'après un long espace de temps.

Les vices de notre système pénitentiaire n'ont donc pas tardé à porter leurs fruits. Le rapport du ministre de la justice, contenu dans le *Journal Officiel*, du 21 août 1879, constate une décroissance dans la criminalité, 15 0/0 pour les crimes et 8 0/0 pour les délits, tandis que la récidive augmente dans des proportions considérables : en 1828, il y avait 4760 récidivistes ; en 1860 il y en a 42.761 ; en 1868, 65.000 (1) ; en 1876, 68.490 ; la proportion d'accusés récidivistes qui était de 10 0/0 en 1826, atteignait 28 0/0 en 1850 et est montée progressivement jusqu'à 51 0/0 en 1881 (2).

En 1878 sur 196.000 prévenus les tribunaux correctionnels en ont condamné 69.556 en état de récidive judiciaire (40 0/0), dont 15.163 en état de récidive légale. Nous ne voulons pas accumuler les chiffres ; l'augmentation de la récidive n'est ignorée de personne ; elle a nécessité deux lois spéciales que nous aurons à étudier.

Quels remèdes demande cette situation ? Ils sont nombreux, mais ici nous n'avons à nous occuper que du régime pénitentiaire. Le remède le plus important est la transformation rapide de nos établissements pénitentiaires, que retarde malheureusement la somme énorme de dépenses qu'elle nécessite. Avec une application sage du système irlandais, avec l'instruction et l'éducation morale et religieuse, on pourrait arriver

(1) Ce chiffre, supérieur de 22.239 à celui de 1860, tient peut-être à la mise en pratique du système des casiers judiciaires ; mais il est compensé par le chiffre de 20.000 forçats qui envoyés à la Guyane et à la Nouvelle-Calédonie, n'ont pu venir accroître le chiffre de la récidive.

(2) Rapport présenté à la Chambre, par M. Waldeck-Rousseau, le 11 nov. 1882.

aux résultats que l'Angleterre, l'Irlande, la Hollande et la Belgique ont obtenus. Ce système du reste est celui vers lequel tend notre législation qui vient de compléter ses efforts par l'introduction de la libération conditionnelle.

Une deuxième réforme est proposée par les meilleurs esprits (1). Les tribunaux, si peu sévères pour les récidivistes, ce qui a été constaté à propos des lois de 1885, sont au contraire d'une sévérité parfois excessive pour la première faute; ce même reproche s'adresse à la loi pénale. Pourquoi le nombre des condamnations à l'emprisonnement s'accroît-il, puisque la prison est une si mauvaise école, et quand des peines pécuniaires pourraient suffire amplement à la répression? En 1830 il y avait 210.691 prévenus, et les tribunaux ont infligé la prison à 26.550 d'entre eux. En 1867 il n'y avait que 141.695 prévenus, et les condamnations à l'emprisonnement ont atteint le chiffre de 106.559. On voit quelle armée pour le mal se recrute parmi ces jeunes gens qui, sans la prison, seraient restés honnêtes, en sortent déclassés, flétris, haineux. Aussi comparons: en 1830, il y a 4.300 récidivistes (20 0/0); en 1867, 52.438 (42 0/0); ces chiffres ont leur éloquence. Qu'arrive-t-il alors? La prison n'inspire plus d'effroi; on se familiarise avec elle. Ce devrait être le premier frein mis au vice et non à la première faute. La répression peut-elle sérieusement en souffrir, quand nous avons une peine, l'amende, qui aux qualités ordinaires de toute peine (juste, divisible, égale et réparable) joint celle d'être parfaitement afflictive à une époque où l'argent est si recherché? La preuve, c'est que les délits fiscaux, punis

(1) M. Bonneville de Marsangy, *Des pénalités pécuniaires*, 1847. — M. Roland, thèse, 3^e partie, liv. 1, p. 392 et suiv.

presque toujours d'amende, diminuent, tandis que les délits de droit commun, punis d'emprisonnement, augmentent. Donc toutes les fois que l'amende peut suffire à la répression, toute autre peine est superflue, c'est-à-dire injuste ; c'est surtout, quoique non exclusivement, pour les infractions commises sous l'impulsion de la cupidité, que cette peine est afflictive. De plus cette peine deviendrait égale, si le juge, ayant une latitude assez grande, proportionnait le taux de l'amende à l'infraction d'abord et à la fortune du coupable ensuite.

Une objection grave se présente cependant : les riches, peut-on dire, paieront facilement l'amende, tandis que, pour les pauvres l'amende n'étant pas possible, on sera contraint d'édicter contre eux l'emprisonnement. Répondons qu'une amende assez forte n'est pas regardée comme rien même par un riche, surtout quand on a su la proportionner, et que la prison n'est pas la seule ressource qu'on ait contre le pauvre ; pourquoi ne remplacerait-on pas l'amende par un travail obligatoire ? Cela se fait en matière de délits forestiers (loi des 18 juin, 19 novembre 1859 modifiant l'art. 210 du Code forestier).

M. Bonneville de Marsangy a été jusqu'à proposer pour les délits peu graves, surtout s'ils sont accompagnés de circonstances très atténuantes, le système anglais de l'*Admonition publique* sans condamnation pour la première fois ; et il fait valoir que cela recule le moment fatal où la prison s'ouvre devant le coupable, que cela supplée à l'avertissement purement théorique que donne la promulgation d'une loi pénale, et que cela existe du reste à l'égard du clergé, auquel on n'applique pas de suite les art. 201 à 206 du Code pénal, mais pour qui on se contente la première

fois d'une simple déclaration d'abus (a. 68, loi du 18 Germinal an X). Le but proposé est excellent, mais nous ne croyons pas que le système le soit autant : nos mœurs ne comportent plus, il faut l'avouer, de pareils moyens ; combien d'individus seraient moins prudents dans leurs procédés, en se disant que pour une première faute ils s'en tireront à bon marché, quittes à se surveiller davantage dans la suite ? — Nous ne parlerons enfin ici que pour mémoire d'une autre idée due à M. Delattre, qui l'a formulée en projet de loi (1) et dont nous reparlerons : au cas de premier délit, les tribunaux suspendraient la condamnation, sous la condition que le délinquant ne récidivera pas pendant un certain délai. Nous l'apprécierons quand nous verrons ce projet qui n'a pas été adopté par la Chambre.

3^e Difficultés du reclassement des libérés

Si l'on observe la masse des individus qui dans une année sortent de prison et qu'on les suive pendant le temps qui suit leur libération, on s'aperçoit que la plupart d'entre eux récidivent, et, ce qui doit surtout attirer ici notre attention, c'est qu'ils retombent l'année même de leur libération ou à une époque peu reculée de cette date, tandis que la minorité qui parvient à ne pas commettre de méfaits pendant cette période, reprend son rang dans la société. Veut-on des chiffres fournis par l'administration de la justice criminelle ? En 1876, 6.177 malfaiteurs quittaient les maisons centrales ; la même année, 1.132 étaient repris ; en 1877, 970 autres ; 366 en 1878 (en trois ans 40 0/0) ; en 1877 il y a 6.398 sorties ; 1.121 sont repris la même année ;

(1) Voir l'exposé des motifs. *Journal officiel*, Déb. parl., Chambre, juin 1883, p. 750, annexe n° 1894.

907 en 1878; 2.118 en 1879 (en trois ans 60 0/0). La même proportion, dépassée même bien souvent, existe pour les prisons départementales, et pour qui sait que 110.000 hommes en sortent tous les ans, il est facile de voir la profondeur du mal. Pourquoi ce nombre effrayant de récidives dans les premières années qui suivent la libération? C'est d'abord parce que la moralisation n'existait pas dans les prisons, où rien n'était fait pour régénérer le coupable par un but noble à lui proposer: un remède a été apporté par l'institution de la libération conditionnelle; nous l'étudierons dans notre seconde partie.

Dans ces conditions, voyons la situation faite à un libéré. Si nous avons en notre présence un homme, chez qui tout sentiment honnête n'est pas éteint, et qui ne demande qu'à reprendre sa place au milieu de la société, que d'obstacles insurmontables l'arrêtent bientôt dans cette voie? D'une part, la tentation d'abuser de sa liberté; les mauvaises fréquentations avec des criminels dont la connaissance a été faite en prison; d'autre part, l'impossibilité de trouver du travail: les ateliers se ferment devant lui; tout le monde s'en méfie, le rebute; s'il cherche à aller plus loin pour cacher sa condamnation, la surveillance de la haute police le suit, divulgue sa situation; il lui reste un pécule insuffisant, qui est bientôt dépensé (1), et quand il n'a plus rien, c'est le vagabondage, la mendicité, le vol, la récidive presque fatale (2). Prenons, au contraire, un libéré profondément perverti: lui ne cher-

(1) Le pécule amassé en prison se réduit souvent à rien. En 1869, sur 7.567 libérés sortis des maisons centrales, 197 n'avaient pas de pécule; 2.464 y avaient droit mais ce pécule a été absorbé entièrement par les frais de route et d'habillement; 1.465 avaient de 30 à 60 fr., 875 de 60 à 100 fr. et 1.564 environ 100 fr.

(2) Pour les femmes, c'est presque toujours la prostitution.

chera pas à travailler, son premier soin sera de dépenser son pécule, puis de recommencer ses méfaits avec une habileté qui se perfectionne de jour en jour ; la société, il la hait ; la prison, il s'en moque ; c'est pour les mauvais temps un abri, le logement et la nourriture assurés ; ajoutez-y la perspective de *la Nouvelle*, et, sauf la peine de mort qui est la seule qu'il redoute et à laquelle il espère toujours échapper, grâce aux attaques dont elle est l'objet et à son application de plus en plus rare, il ne craint plus rien. Le coup le mieux organisé est pour lui un titre de gloire, en même temps qu'une source de revenus ; s'il se fait prendre, c'est une maladresse dont les conséquences l'effraient peu.

Le mal est donc double. Dans tout récidiviste il faut voir ou un malheureux, un faible, ou un criminel perverti contre lequel la loi est impuissante. A ce double mal il faut un double remède. Contre le criminel dont on ne peut rien attendre de bon, il faut des mesures de préservation sociale, non une peine proprement dite qui dépasserait souvent de beaucoup la criminalité du fait commis, mais une mise dans l'impossibilité de nuire : la loi du 27 mai 1885 a créé la relégation, nous l'étudierons ; pour le libéré susceptible de retour au bien, il faut des mesures de protection, d'encouragement, il faut par tous les moyens faciliter son reclassement dans la société. C'est ce que nous allons examiner.

Qu'a fait dans ce but le Code de 1810 ? Il a institué la surveillance de la haute police dans des conditions qui en font une source inévitable de récidives ; il a édicté des peines exorbitantes contre le vagabondage, sans songer à le prévenir par le travail ; enfin, il a proposé comme but au repentir une réhabilitation, qui a failli

n'être pas inscrite dans nos lois, et qui fut organisée de telle sorte que ce fut comme un objet de luxe qu'on conserve mais auquel on ne touche pas. Ce serait peut-être ici le moment d'étudier ces différentes institutions, telles qu'elles étaient réglementées par le Code pénal, le Code d'instruction criminelle, et les lois postérieures. Mais les réformes importantes; que les lois de 1885 ont apportées nous obligent à en renvoyer l'examen à notre seconde partie, et à ne pas scinder ces matières; il n'y a aucune bonne raison à étudier ici l'historique de ces institutions et à remettre à plus tard l'étude de la législation actuelle. Il est préférable, croyons-nous, de les réunir dans une vue d'ensemble qui permette d'apprécier les vices des législations antérieures et les remèdes cherchés par la législation nouvelle.

DEUXIÈME PARTIE

DES MOYENS RÉPRESSIFS ET PRÉVENTIFS DE LA RÉCIDIVE
D'APRÈS LES LOIS DES 27 MAI ET 14 AOUT 1885 ET LES
DISPOSITIONS POSTÉRIEURES.

CHAPITRE PREMIER

MOYENS RÉPRESSIFS

Nous avons cherché précédemment les causes de la récidive; elles sont nombreuses. Mais parmi les récidivistes il faut, nous l'avons vu aussi, établir des classes: d'une part les malheureux, victimes des préjugés sociaux et susceptibles d'amendement; à ceux-là on doit tous les moyens de reclassement, d'encouragement; ce sont ces moyens qui feront l'objet de notre deuxième chapitre; d'autre part, il y a les récidivistes endurcis, incorrigibles, sur lesquels tous les moyens d'amélioration n'ont pas eu de prise, contre qui la loi pénale est impuissante, qui sont un danger social terrible et permanent, et contre lesquels la société doit se protéger en les mettant dans l'impossibilité de nuire. C'est contre ces derniers qu'un courant

d'opinion a réclamé récemment des mesures urgentes, qui a abouti à la loi du 27 mai 1885. Jamais loi n'a été aussi ardemment attendue, jamais loi n'a donné lieu à d'aussi longues et d'aussi vives discussions; jamais aussi loi n'a été plus vivement critiquée. Nous l'apprécierons avec l'impartialité la plus absolue, sans haine et sans complaisance coupables. Mais avant de commencer cette étude, il faut mettre de l'ordre dans nos explications; car cette loi a touché à tant de points différents, elle a soulevé des discussions de natures si variées, qu'il faudra établir des divisions assez nombreuses. Questions sociales, questions économiques, questions pénitenciaires, questions financières, questions pénales, militaires, coloniales, voire même questions politiques, elle a touché à tout: ce qui n'a pas peu contribué à la rendre obscure quelquefois, d'une préparation longue qui va de 1881 à 1885, et elle n'a été parfaite en réalité qu'après la promulgation des règlements d'administration publique qui la développent et la complètent (1).

Nous diviserons l'étude de cette loi en 8 articles : 1° considérations générales sur la loi du 27 mai 1885, motifs qui l'ont provoquée et histoire des débats auxquels elle a donné lieu ; 2° caractères de la relégation ; 3° régime et mode d'exécution ; 4° conditions de la relégation ; 5° conditions mises à la rétroactivité de cette loi ; 6° procédure et compétence ; 7° exceptions apportées à son application ; 8° mesures spéciales édictées par cette loi (suppression de la loi du 9 juillet 1852 et remplacement de la surveil-

(1) Décrets des 26 nov. 1885; 20 août 1886; 24 mars, 11 juillet, 5 sept., 11 nov. 1887 ; 18 fév. 1888.

lance de la haute police par l'interdiction de séjour).

ARTICLE PREMIER

Considérations générales sur la loi du 27 mai 1885 ; motifs qui l'ont provoquée ; histoire des débats auxquels elle a donné lieu.

Une observation attentive de notre état social, la fréquentation des audiences des tribunaux criminels et une étude des comptes-rendus de la statistique ont établi de la façon la moins discutable l'existence d'un mal social d'une certaine nature. Tandis que la grande criminalité diminue, la récidive augmente dans des proportions considérables tant pour les crimes que pour les délits, et cette augmentation s'est fait surtout sentir pour les délits d'une certaine catégorie, dans le cercle desquels se meuvent des individus tarés, déclassés, insensibles à tout sentiment honnête comme à toute crainte de la loi et des peines qu'elle édicte ; ces délits sont le vol sous toutes ses formes, les délits similaires comme l'escroquerie, l'abus de confiance, la filouterie d'aliments, les attentats contre les mœurs, l'excitation de mineurs à la débauche, la rébellion contre les agents, et dans les grandes villes les métiers honteux exercés par ceux qu'on appelle des souteneurs et des bonneteurs, sans compter le vagabondage et la mendicité. En réalité on se trouve en présence de gens qui font du délit leur profession, s'organisant souvent en véritables associations, défiant

l'autorité, capables de tout pour assurer le succès de leurs entreprises ou pour échapper à la répression. Les attentats contre la vie sont rarement le but qu'ils cherchent, jamais ils ne commettent leurs méfaits sous l'empire d'une passion violente ; chez eux tout est froidement calculé ; s'il faut tuer pour réussir ou s'échapper, l'homicide n'est qu'un moyen, et, s'ils sont pris, ils semoquent de la peine ; dans la prison il n'y a pas de gens plus soumis ; l'hypocrisie est un moyen d'échapper à la surveillance, et dès qu'ils sont sortis, ils recommencent. Ce sont des incorrigibles contre lesquels la loi pénale n'avait pas d'action.

Citons seulement quelques chiffres, que du reste personne n'a contestés, même parmi les adversaires les plus acharnés de la loi nouvelle. Le nombre des accusés, qui s'élevait en moyenne à 7,466 de 1831 à 1835, est descendu progressivement, surtout à partir de 1854, et a atteint pour les années 1876 à 1880 le chiffre de 4,374 ; le nombre des accusés en état de récidive légale, qui était de 1,386 de 1831 à 1835, a été de 1876 à 1880 de 1,656. Pour les prévenus la proportion est encore plus grande. Il y avait de 1831 à 1835, 46,496 prévenus, chiffre qui s'est accru progressivement et atteignait, de 1876 à 1880, le total de 146,024 ; et les récidivistes en état de récidive légale, qui de 1831 à 1835, étaient au nombre de 6,810, se chiffrent de 1876 à 1880 par 70,731 (1). Les crimes ont donc diminué, quoique la récidive des crimes ait quelque peu augmenté ; pour les délits, leur nombre s'est accru d'une manière effrayante, et la récidive surtout a pris des proportions étonnantes. Veut-on savoir maintenant quels délits ont ainsi augmenté, et surtout pour quels

(1) En 1882, 78,978 prévenus récidivistes.

délits a eu lieu l'accroissement de la récidive? Sur 146,024 prévenus, chiffre moyen de 1876 à 1880, on en compte 41,522 pour vol, 3,526 pour escroquerie, 3,717 pour abus de confiance, 3,235 pour outrages publics à la pudeur, 427 pour excitation de mineurs à la débauche: total 52,427, sans compter le vagabondage et la mendicité. Le compte des condamnations prononcées dans une seule année nous donne une idée bien exacte, étant donné que la récidive est de 50 0/0 du nombre des prévenus, de l'indulgence excessive à leur égard des tribunaux correctionnels: 34,381 ont été condamnés à un an de prison et moins, et 3,149 à plus d'un an (1).

Les causes de cette augmentation de la récidive, nous les avons déjà examinées; une cause toute spéciale au genre de délits que nous avons vus, réside dans ce que la récidive légale du Code n'existe pas lorsque l'emprisonnement pour une première faute n'a pas dépassé une année, et nous savons combien les condamnations à plus d'un an sont rares, même à l'égard des repris de justice en état de simple récidive judiciaire; enfin l'article 463 qui permet, même au cas de récidive, de ne prononcer que le minimum de l'emprisonnement par la déclaration de circonstances atténuantes, a enlevé à

(1) Ces chiffres sont tirés du compte général de l'administration de la justice criminelle en France pour 1880.— Voir également le rapport sur l'administration de la justice criminelle en France et en Algérie pour 1883 (*Journal officiel* du 4 mai 1885) Voir : Exposé des motifs du projet du gouvernement présenté par MM. Fallières et Devès (*Offic.*, nov. 1882, annexe n° 1330, p. 2406). Rapport de M. Waldeck-Rousseau sur les propositions Jullien, Waldeck-Rousseau et Thomson (*Off.*, nov. 1882, déb. parl., annexe n° 1332, p. 2450). 1^{er} Rapport de M. de Verninac au Sénat (*Off.*, janv. 1885, annexe n° 352, p. 407).

peu près toute portée aux articles 57 et 58 du Code pénal.

L'opinion publique s'était émue en présence des périls que faisait courir cette quantité de malfaiteurs de profession, que rien n'intimide; elle réclamait un remède prompt et énergique. Les journaux, les pétitions, les vœux formulés par les conseils généraux et municipaux, les programmes même imposés aux candidats pour les élections de 1881, tendaient au même but: débarrasser la France des incorrigibles. De là les nombreuses propositions de loi qui furent soumises aux Chambres dans le cours de cette législature. Quatre propositions dues à l'initiative parlementaire (1), une autre présentée par le Gouvernement (2), cherchèrent à donner satisfaction à l'opinion publique. En mettant de côté la proposition de M. Delattre, qui se préoccupe en réalité de moyens préventifs, toutes les autres propositions aboutissaient à la même conclusion, la transportation à vie des récidivistes incorrigibles. Les débats qui s'engagèrent sur ces projets se prolongèrent pendant 4 années; tout fut critiqué et défendu avec la même

(1) Proposition de M. Jullien présentée le 1^{er} déc. 1881 (*Offic.* du 2 déc., déb. parl., p. 2132). Exposé des motifs (*Offic.* de déc. 1881, annexe n° 170, p. 1861). Proposition de MM. Waldeck-Rousseau et Martin-Feuillée, présentée le 16 fév. 1882 (*Offic.* du 17, déb. parl., p. 144). Exposé des motifs (*Offic.*, mars 1882, annexe n° 425, p. 429). Proposition de M. Thomson, spéciale à l'Algérie, présentée le 16 fév. 1882 (*Offic.*, du 17, déb. parl., p. 144). Exposé des motifs (*Offic.*, de mars 1882, annexe n° 426, p. 405). Prop. Delattre, présentée le 12 mai 1883 (*Offic.*, du 13, déb. parl., p. 913). Exposé des motifs (*Offic.*, juin 1883, annexe n° 1894, p. 750).

(2) Projet présenté au nom du Gouvernement, par M. Fallières, ministre de l'intérieur, et M. Devès, ministre de la justice, le 11 novemb. 1882 (*Offic.*, 12, déb. parl., p. 1559). Exposé des motifs (*Offic.*, nov. 1882, annexe n° 1330, p. 2406). Ce projet s'est inspiré d'un travail de la commission d'études au conseil supérieur des prisons (*Bulletin de la Société générale des prisons*).

vivacité, on pourrait presque dire, la même passion; les rapports se succédaient aux rapports, se contredisant quelquefois; et ce ne fut que le 12 mai 1885, à la suite d'un retour à la Chambre des Députés du projet modifié par le Sénat, que la loi fut définitivement votée à la Chambre à la majorité de 383 voix contre 52. Ce projet devint la loi du 27 mai 1885. Nous avons dit que des questions de toutes natures avaient été soulevées dans les deux Chambres à l'occasion de cette loi; que tout avait été attaqué et défendu avec la même animosité. Nous serons obligés de dire un mot de toutes ces questions. Une seule cependant sera complètement mise de côté; importante pour des législateurs soucieux des intérêts de la France, elle sort du cadre de notre étude, c'est la question financière. Dans le cours de la discussion on a entassé les chiffres sur les chiffres relativement aux dépenses que la loi nouvelle entraînerait; les uns ont soutenu qu'elles ne dépasseraient pas des limites raisonnables, d'autres qu'elles seraient pour le budget un fardeau sous lequel il succomberait. Nous ne nous prononcerons pas, pour ce motif que ces questions nous sont totalement étrangères. (1) Des critiques qui ont été adressées à la loi du 27 mai 1885, les unes sont spéciales à certains articles, à des principes d'application, nous les retrouverons dans le cours de l'étude que nous ferons de la loi; les autres sont générales et s'attaquent soit à l'idée même de la loi, soit à sa confection; nous allons les examiner rapidement.

Le premier reproche adressé à la loi nouvelle est

(1) Si la relégation devait être une source de ruine pour le Trésor public, il est certain que la loi serait inopportune: car on ne doit pas tenter l'impossible.

d'être inique, et il peut se formuler ainsi : la société qui n'a rien fait pour l'amendement des coupables, qui n'a rien fait pour l'amélioration des classes pauvres, pour la protection de l'enfance abandonnée, n'a pas le droit de redoubler de sévérité contre eux ; elle seule est responsable de l'augmentation de la récidive. Toutes ces propositions ont été émises au cours de la discussion par des orateurs de partis politiques bien différents, comme MM. Clémenceau (1), Freppel (2), Martin Nadaud (3), Delattre (4). Il a été répondu avec raison que toutes les mesures ci-dessus proposées et dont nous aurons à parler dans notre deuxième partie, étaient excellentes, que le législateur avait déjà fait des efforts dans le but d'amender le coupable et de prévenir les causes de récidive, que tous les jours on améliorait le régime pénitentiaire, que des projets de loi étaient présentés pour la protection de l'enfance, l'amélioration du sort des classes pauvres, enfin qu'un autre projet dû à l'initiative de M. Bérenger, et qui forme aujourd'hui la loi du 14 août 1885, organisait la libération conditionnelle et le patronage, et réformait la réhabilitation dans un sens plus pratique.

Il est donc faux de dire que la société est respon-

(1) Séance de la Chambre du 28 avril 1883 (*Offic.*, du 29).

(2) Séance de la Chambre du 9 mai 1885 (*Offic.* du 10, déb. parl., p. 763).

(3) Séance de la Chambre du 21 avril 1883 (*Offic.*, du 22, déb. parl., p. 694) et séance du 9 mai 1885 (*Offic.*, du 10, déb. parl., p. 763).

(4) M. Delattre a même présenté une proposition spéciale qui peut se résumer ainsi : suspension de la première condamnation pour le prévenu qui donne caution de vivre honnêtement pendant 3 ans, ou s'engage dans des établissements agricoles ou industriels ou des bataillons de pionniers créés par le gouvernement en France ou dans les colonies ; envoi des vagabonds dans des dépôts de mendicité ou dans ces bataillons (*Offic.*, juin 1883, annexe n° 1894, p. 750). Nous en parlerons dans notre 2^e partie.

sable des récidives ; et pour qui ne veut pas se payer d'illusions, sans être cependant pessimiste, il est vrai de dire que la majorité des criminels ne s'amende pas, qu'il y a des gens rebelles à tout sentiment honnête, des incorrigibles, les dangereux, des professeurs du crime ; et que la société a le devoir rigoureux de ne pas désarmer devant eux. Ceux qui ont formulé l'objection et repoussent les mesures de protection prises contre ces gens, se sont occupés beaucoup des malfaiteurs et fort peu de leurs victimes. Cette mesure est donc en principe juste et nécessaire ; elle complète les moyens préventifs. A ceux qui voudront s'amender, la loi doit un encouragement ; quant à ceux qui s'obstinent, la loi doit les mettre dans l'impossibilité de nuire. Quelle doit être la mesure, nous le verrons plus tard. A condition de faire la distinction entre les incorrigibles et les récidivistes susceptibles d'amendement, nous ne voyons pas que la société n'ait pas le droit de se protéger contre les premiers.

Une deuxième objection contre la loi du 27 mai 1885 consiste à dire que la répression des récidivistes incorrigibles n'aurait pas dû trouver sa place dans une loi spéciale, mais bien résulter d'une réforme complète du Code pénal, grâce à laquelle cette mesure qualifiée d'expédient devenait parfaitement superflue, d'autant plus que le système de la loi nouvelle est loin d'être en harmonie avec le système du Code pénal. L'objection a été présentée au Sénat par M. Bérenger (1). L'honorable sénateur, à qui est due la loi du 14 août 1885 sur les moyens de prévenir la récidive, reconnaît bien la nécessité de deux sortes de mesures, les unes préventives, les autres répressives ;

(1) Sénat, séance du 24 oct. 1884 (*Offic.*, du 25, déb. parl., p. 1551).
Sénat, séance du 5 fév. 1885 (*Offic.*, du 6, déb. parl., p. 29).

mais celles-ci doivent consister dans une réforme du Code pénal, une modification dans l'échelle des peines : la répression est insuffisante, l'article 57 ne s'applique qu'aux condamnés à plus d'un an d'emprisonnement, et la loi de 1832 a permis de ne pas tenir compte de la récidive en accordant les circonstances atténuantes; si la criminalité augmente avec le nombre des délits, la peine devrait suivre une progression correspondante. — L'objection n'est pas sans valeur; nous avons dit nous-mêmes, combien notre Code était défectueux à cet égard nous reconnaissons aussi que le système nouveau n'est plus en harmonie avec l'ancien; ces deux systèmes vivant côte à côte sont bien une complication nouvelle dans nos lois pénales déjà si compliquées. Oui, il faudrait une nouvelle classification des délits, des peines, une nouvelle réglementation des conditions et des effets de la récidive. Mais nous sommes d'accord avec les défenseurs de la loi pour reconnaître qu'un tel travail ne se fait pas en un jour, et que ce défaut d'harmonie dans nos lois pénales, dont la loi récente est à certains points de vue en progrès très réel sur le passé, est encore préférable au spectacle d'un législateur impuissant contre les malfaiteurs les plus dangereux.

Déjà la réforme de notre Code pénal est à l'étude (1), et il est permis d'espérer que notre loi se fondera dans l'ensemble et que nous aurons au lieu de lois éparses un nouveau Code en rapport avec les progrès de la civilisation. Mais ce travail long demande des études sérieuses, et la loi du 27 mai 1885, qu'on qualifiera de loi provisoire si l'on veut, n'en répondait pas moins

(1) Un décret du 26 mars 1887 a nommé une commission chargée de préparer la révision de la législation pénale (*Offic.* du 27, p. 1465).

aux exigences du moment, en comblant une lacune très grave qu'avait laissée le Code de 1810.

Nous terminerons ces considérations générales en disant un mot d'un troisième reproche adressé au législateur. Il est grave : il a été formulé par des hommes éminents et en particulier par M. Béren-ger (1). Il accuse le législateur de reculer devant son devoir et de laisser l'organisation complète de la relégation à l'arbitraire de l'administration ; si on lit la loi, on s'aperçoit qu'on y laisse au gouvernement le choix des lieux de relégation, le soin de déterminer le caractère, le mode d'exécution, le régime de cette mesure, la liberté d'en dispenser qui il veut, et la faculté d'organiser les moyens de colonisation, de régler les droits des relégués, sur les concessions de terre. Or, pour l'honorable sénateur, ce sont là autant de points que le législateur devait trancher lui-même ; car ce qui fait la peine, c'est le régime le lieu, le mode d'exécution ; et la détermination des droits accordés sur les concessions est du ressort du droit civil et ne peut être constitutionnellement réglé par de simples décrets. C'est cependant ce qui a eu lieu ; et c'est un règlement d'administration publique, fort bien étudié du reste, qui vient à cet égard faire ce que le législateur n'a pas fait, qui va même jusqu'à violer dans certains points la loi elle-même (2). — M. Waldeck Rousseau, alors ministre de l'intérieur (3), a répondu que l'article 18 de la loi avait un précédent dans les articles 11 à 14 de la loi du 30 mai 1854 sur la transportation des condamnés aux travaux forcés, que ce

(1) Sénat, séance du 23 oct. 1884 (*Offic.*, du 24, déb. parl., p. 1537. — M. Bonneville, à son cours.

(2) Règlement du 26 nov. 1885.

(3) Sénat, séance du 24 oct. 1884 (*Offic.*, du 25, déb. parl., p. 1537).

système avait produit de bons résultats pour les grands criminels, car il laisse place facilement à toutes les modifications que le progrès de la science pénitentiaire peut désirer; personne n'abdique, le législateur donne au pouvoir exécutif la faculté de régler certains points relativement auxquels il faut une certaine latitude, de manière que si l'expérience ne réussit pas complètement, on puisse, sans attendre une nouvelle loi toujours longue à venir, remédier de suite aux erreurs du passé. Pour nous, nous ne croyons pas la réponse satisfaisante; de ce qu'il y a un précédent dans une loi ancienne, il n'y a pas de raison de l'imiter, si ce précédent est blâmable. Qu'une certaine latitude soit laissée au gouvernement, cela se comprend; mais qu'une loi ne fixe pas même les principes, le fond même du régime, et même le lieu d'exécution, c'est ce qui ne se comprend plus : qu'elle laisse à un décret le soin de régler les conditions d'existence et de transmission de la propriété des concessions, on n'en voit pas du tout la nécessité. Le législateur a peut-être cédé au besoin de satisfaire immédiatement l'opinion publique, pour qui cette loi était urgente, et on a pu constater dans le cours des discussions que bien souvent, pour hâter le vote de la loi, on a omis de donner certaines solutions définitives, qu'on a laissées aux soins du pouvoir exécutif.

Les trois reproches que nous venons de voir adresser à la loi, et dont nous avons approuvé le dernier, sont loin d'être les seuls qui aient été formulés; combien d'autres sont spéciaux à certains articles et dont nous renvoyons l'examen à ce moment. Ce qui, dans la confection de la loi, a donné lieu aux plus vives et aux plus longues controverses, ce sont: la question

financière, la question de la transportation examinée au point de vue économique et pénal, comme peine et comme moyen de colonisation, enfin le choix des colonies, et surtout le point de savoir si cette mesure serait ou non obligatoire pour les tribunaux. Un discours prononcé à la Chambre par M. de Soland, à propos du vote sur l'ensemble du projet, résume bien toutes ces attaques : « C'est une loi draconienne, dit l'orateur (1), violant tous les principes de notre droit criminel ; loi d'expédient, frappant des catégories et non des individus, ne tenant aucun compte de la proportionnalité indispensable entre la faute et le châtement ! Elle crée une peine perpétuelle, quoiqu'on ne l'ait pas appelée peine ; car l'exil, après la mort, est la peine la plus cruelle pour un Français. Le droit d'appréciation du juge est supprimé comme en 1810, malgré les réformes de 1832 et de 1874. C'est un essai, une expérience, une aventure. On est exilé, sans avoir été frappé régulièrement et personnellement par les tribunaux. On n'a invoqué pour justifier la loi que son utilité ; or l'utilité n'est pas le seul fondement du droit de punir. « Nous estimons, continuait l'orateur, que les nécessités de la légitime défense ont pour limites le droit, les principes supérieurs de la justice et les règles de la responsabilité personnelle pour chaque inculpé. Or on refuse ces garanties aux récidivistes, sous prétexte qu'ils sont peu dignes d'intérêt. Demain on les refusera à d'autres ». Telles sont les critiques qui, à maintes reprises, ont été adressées à la loi du 27 mai 1885. Ce n'est pas ici le moment de les examiner, nous les rencontrerons au fur et à mesure que nous avancerons dans l'étude de la loi. Là nous les

(1) Chambre, séance du 29 juin 1883 (*Offic.*, du 30, déb. parl., p. 1501).

jugerons. Disons seulement ici que la loi prise dans son ensemble ne mérite pas tous ces reproches, et que, si ce n'étaient certaines conditions qui nous semblent inadmissibles, nous lui donnerions volontiers notre adhésion.

ARTICLE II.

De la relégation. Ses caractères.

Contre les récidivistes qui, sous certaines conditions déterminées par les articles suivants, sont réputés incorrigibles, l'article premier édicte la *relégation*.

Pour mettre un peu de clarté dans des explications qui lors de la discussion ont été bien confuses, nous examinerons successivement cinq questions : 1° histoire de la relégation ou transportation ; 2° définition de la relégation ; ses caractères ; 3° son but ; 4° est-elle juste ; 5° est-elle pratique ?

I. — Historique de la relégation

Pour éviter toute confusion disons, tout d'abord que relégation ou transportation sont synonymes dans la pensée des législateurs de 1885. Les projets Jullien, Thomson et Waldeck-Rousseau, ainsi que le texte proposé par la commission de la Chambre, employaient le mot *transportation* ; le projet du Gouvernement portait l'expression *relégation*, qui, à la suite d'un amendement de M. Marcou, fut définitivement adoptée pour éviter toute assimilation possible entre les réci-

divistes visés par la nouvelle loi et les autres catégories de transportés, forçats libérés ou déportés politiques.

L'idée d'expatrier les citoyens déclassés et de les utiliser pour la colonisation n'est pas nouvelle. C'est au Moyen-Age que se fit jour le système de la transportation. Ainsi le Portugal embarquait les condamnés à mort sur des navires envoyés en exploration sur les côtes d'Asie ou d'Afrique et leur faisait grâce de la vie à la condition de rester dans les colonies ainsi fondées. Christophe Colomb n'eut pour compagnons dans ses découvertes que des condamnés qu'on utilisait de cette manière. Mais ce serait une erreur de croire, comme pourrait le faire supposer la similitude d'expressions, que la déportation et la relégation des Romains aient été l'origine de la transportation moderne; ces mesures n'étaient que des peines de droit commun, non réservées exclusivement aux récidivistes, consistant dans une assignation de résidence dans un endroit de l'Empire Romain, souvent une île, ou dans la simple interdiction de l'accès de certaines provinces (1), avec cette différence entre les deux peines que la déportation était perpétuelle et entraînait la *Media capitis deminutio*, tandis que la relégation pouvait n'être que temporaire et ne faisait perdre aucun droit.

Nec vitam, nec opes, nec jus mihi civis ademit

dit Ovide, relégué sur les côtes du Pont-Euxin (Tacite, V, 2).

Des essais de colonisation furent tentés en France au XVIII^e siècle avec des condamnés (2). Sous la

(1) Loi 19, Dig., *De interd. et releg.*

(2) Il y avait cependant déjà un précédent. En 1558, le marquis de la Roche avait déposé des prisonniers à l'île de Sable, près des côtes d'Acadie (Nouvelle Ecosse).

Régence du duc d'Orléans une déclaration du 7 janvier 1719 autorise les juges à prononcer la transportation contre les vagabonds récidivistes, que des déclarations de 1682, 1687, 1700, 1701, punissaient des galères, mesure abrogée presque aussitôt par une déclaration du 5 juillet 1722, sur la réclamation des colons libres. Law envoya à l'embouchure du Mississipi plusieurs convois de voleurs et de filles publiques, et en 1763 on transporta en Guyane quelques milliers de mendiants. Mais tous ces essais demeurèrent infructueux.

Nous savons déjà que la transportation à Madagascar des criminels récidivistes fut la seule mesure édictée contre la récidive par l'Assemblée Constituante et la Convention ; nous savons aussi que les guerres maritimes rendirent impossible l'exécution de la loi à cet égard, et que, en pratique, la transportation fut remplacée par une détention facultative de six ans au plus.

Pendant que la France se lançait timidement dans la voie de la transportation, l'Angleterre, qui commençait à avoir un empire colonial considérable, dont la plus grande partie se composait de territoires à peu près inhabités, songeait aussi à utiliser ses criminels dans un essai de colonisation pénale. Dès 1597, une décision de la reine Elisabeth (1) autorisa, sous le nom de bannissement, une véritable transportation des coquins et des vagabonds. Elle fut organisée par des ordres du Conseil, rendus en janvier 1614, juillet 1615 et le 20 mars 1617, décrétant que les bannis « devront être confiés au gouverneur de la Compagnie des Indes Orientales, pour être transportés dans ces contrées. » Les coupables d'un crime capital purent être envoyés

(1) Statut, 39, ch. 4.

par les Cours qui les jugeaient dans les colonies américaines (1). Mais quand vint la guerre de l'indépendance de l'Amérique, la Métropole dut suspendre les envois de 1774 à 1786, époque à laquelle Georges III désigna l'Australie. Le premier convoi aborda dans cette contrée en 1787, sous les ordres du commodore Philipp, qui fonda Botany-Bay ; les transports se succédèrent ainsi pendant quatre-vingts ans, et on occupa peu à peu les pays de Victoria, de l'Australie occidentale, de Quéens'land et de Van Diémen. On évalue à 180,000 le nombre des convicts qui furent envoyés dans ces pays, et on calcule qu'en 1854, grâce à leur descendance, ces gens formaient les $\frac{3}{5}$ de la population de ces deux derniers pays. Mais quand la colonie se fut peuplée, les habitants, pour des motifs que nous aurons l'occasion de juger, refusèrent de nouveaux envois, et sous la menace d'une scission l'Angleterre céda et en 1868 supprima la transportation. Quels furent pour l'Australie les effets de ce système ? Les uns ont dit qu'elle devait aux convicts sa prospérité actuelle ; d'autres ont prétendu, au contraire, que la colonisation pénale est une chimère, que l'expérience de l'Australie a démontrée, puisque nos voisins ont été forcés d'y renoncer. Nous nous expliquerons à ce sujet, quand nous traiterons de l'avenir probable réservé à notre relégation.

Suivant l'exemple de l'Angleterre, la France, dans le courant du siècle actuel, revint à l'idée de la Constituante. Réservée tout d'abord par le Code pénal à la peine de la déportation, c'est-à-dire aux criminels politiques, la transportation fut ensuite appliquée, avec des conditions différentes, il est vrai, par la loi du

(1) Statut, 3^e chap. I, du roi Georges I^{er}, 1717.

30 mai 1854 à l'exécution de la peine des travaux forcés, en remplacement des bagnes, dont l'existence était pour tous un sujet de réprobation. Les résultats parurent si satisfaisants que, lorsqu'il fut question de se débarrasser des malfaiteurs d'habitude, l'opinion publique réclama de suite pour eux la transportation; la diminution du nombre des crimes frappa les esprits (1) : lors de l'enquête sur le régime pénitentiaire, ordonnée en 1873 par l'Assemblée nationale, la Cour de cassation et presque toutes les Cours d'appel l'ont demandée, sauf des divergences sur les conditions d'application; la commission d'études du Conseil supérieur des prisons l'adopta en 1878; enfin, depuis 1879, les conseils généraux des départements de l'Algérie, de l'Ariège, des Basses-Alpes, des Bouches-du-Rhône, de la Charente, de la Côte-d'Or, de la Drôme, d'Eure-et-Loir, des Hautes-Alpes, de la Haute-Marne, d'Indre-et-Loire, de Meurthe-et-Moselle, de Saône-et-Loire, du Tarn, du Tarn-et-Garonne et de l'Yonne, en firent l'objet de vœux à transmettre aux Chambres.

II. — Définition de la relégation. Ses caractères.

« La relégation, dit l'article 1, consistera dans l'internement perpétuel sur le territoire de colonies ou possessions françaises des condamnés que la présente loi a pour objet d'éloigner de France. »

Est-ce là une bonne définition ? Non ; une définition doit renfermer dans une formule concise tous les élé-

(1) Rapport sur l'administration de la justice criminelle pendant 1882 et 1883 (*Offic.*, du 4 mai 1885), le nombre des accusés pour crimes qui de 1826 à 1830 était en moyenne de 7.130, est descendu progressivement à partir de 1854 et était de 1620 en 1881.

ments qui font la chose à définir. Il n'en est pas ainsi pour l'art. 1. Il ne nous dit pas ce qu'est la relégation. Elle consiste bien dans l'internement perpétuel dans une colonie ; mais cette mesure est-elle une peine ou une simple mesure préventive, destinée à mettre les récidivistes dans l'impossibilité de nuire ? C'est ce que ne nous dit point la loi.

A en juger par le régime que le décret du 26 novembre 1885 a organisé, en distinguant deux sortes de relégations, l'une individuelle (art. 2), l'autre collective (a. 3), la situation du récidiviste aux colonies est, à peu de chose près, identique soit à la déportation, s'il est relégué individuellement, soit aux travaux forcés, s'il l'est collectivement(1).

De plus cette mesure est la conséquence d'un vice, d'une habitude dans les délits ou les crimes. Enfin la transportation, lorsqu'elle a été pratiquée dans les législations antérieures ou dans les pays étrangers, était nettement regardée comme une peine. On peut ajouter enfin que par ci par là, dans le cours de la discussion, ce mot *peine* a été prononcé pour la désigner. Sans compter les adversaires de la loi, nous trouvons cette expression dans la bouche de M. Waldeck-Rousseau (2). « La transportation, dit-il, est une peine, c'est-à-dire qu'elle ne peut être prononcée que par les tribunaux et ne peut jamais être appliquée par mesure administrative. » A M. Versigny, qui demande quelle place occupera cette mesure dans l'échelle des peines, M. Gerville-Réache, rapporteur à la Chambre des Députés, répond que cette ques-

(1) M. Bonneville, à son cours.

(2) Rapport sur les propositions Jullien, Waldeck-Rousseau, Thomson (*Offic.*, denov. 1882, annexe n° 1332, doc. parl., Chambre, p. 2450).

tion ne doit pas préoccuper, mais il se sert constamment pour expliquer la pensée de la commission de ce mot de *peine* (1).

Et cependant, quelque bizarre que cela puisse paraître, pour nous la relégation n'est pas une peine. Ce qui semble surprenant, c'est de ne pas donner ce nom à une mesure qui est véritablement afflictive. Or, tout ce qui est afflictif n'est pas pour autant une peine (2); nous en avons des exemples : l'internement des fous dangereux, la mise d'un mineur de 16 ans, acquitté pour avoir agi sans discernement, dans une maison de correction, l'interdiction de certaines résidences, et l'assignation de résidence édictées par l'article 635 du Code d'instruction criminelle contre les individus qui ont prescrit leur peine, sont des mesures restrictives de la liberté d'aller ou de venir et cependant ne sont pas des peines.— Pourquoi la relégation n'est-elle pas une peine ? Le législateur, chaque fois qu'il y a fait allusion, a toujours évité de prononcer ce mot; il en a été de même dans la discussion. Sa pensée, si on consulte avec attention les, travaux préparatoires, a toujours été que le relégué, une fois arrivé sur le territoire colonial, serait dans la situation de tout citoyen, soumis au droit commun de la liberté, sauf la défense de sortir de la colonie (3). Cet état n'est pas bien certainement celui d'un homme qui subit un châtiment; il est dans la situation du forçat libéré qui a payé sa dette à la société; et si la force des choses a

(1) Chambre, séance du 1^{er} mai 1883 (*Offic.* du 2).

(2) M. Bonneville, à son cours.

(3) Dans la séance de la Chambre du 8 mai 1883 (*Offic.*, du 9, déb. parl., p. 883), M. Lorois demanda que la loi portât expressément que les relégués seraient entièrement libres. M. Waldeck-Rousseau répondit que c'était inutile, que, *puisque'ils ont purgé leur peine*, ils restent dans le droit commun.

changé en pratique le régime qui lui était tout d'abord réservé, si la crainte du péril que pourrait faire courir à nos colonies une agglomération d'hommes livrés à eux-mêmes, de paresseux vivant de vagabondage et de rapines, a inspiré l'idée de les obliger au travail par mesure de sécurité ; l'idée du législateur est cependant restée la même ; le relégué ne subit pas une véritable peine. La preuve, c'est qu'avant d'être transporté, il doit subir en France la peine spéciale du dernier délit ; comprendrait-on la co-existence d'une peine principale de quelques mois peut-être et d'une peine accessoire perpétuelle : la relégation, alors que tous les principes demandent qu'au cas de plusieurs infractions, la peine la plus forte soit seule prononcée(1) ? La preuve c'est que tout récidiviste, qui justifie de moyens d'existence, jouit de toute sa liberté dans la colonie, reste soumis au droit commun de tous les citoyens (2). Il n'y a donc aucun argument à tirer de l'article 10 qui veut que « le jugement ou l'arrêt prononce la relégation en même temps que la *peine principale*. » Rien à tirer non plus de ce que ce sont les tribunaux criminels qui la prononcent. Nous avons déjà vu qu'ils peuvent ordonner des mesures qui ne sont pas des peines ; on comprend parfaitement que la mesure de la relégation ne soit pas laissée à l'arbitraire du gouvernement. Si le mot *peine* a pu être prononcé, s'il nous arrive à nous-même de le laisser échapper quelquefois, c'est un abus de langage, qui

(1) « Pour le délinquant d'un certain nombre de fois en 10 ans, *il a payé sa dette* : s'il est expatrié comme incorrigible, c'est une incapacité spéciale survivant comme les autres à la condamnation subie » (Exposé des motifs du projet du gouvern., *Off.*, nov. 1882, annexe n° 1330, p. 2406).

(2) M. Bonneville, à son cours.

s'explique par le besoin d'une expression brève et commode.

Qu'est-ce donc que la relégation ? C'est en réalité une mesure de police ayant quelque analogie avec l'assignation de résidence; c'est un moyen à la fois préventif et répressif de la récidive. Mais il n'a pas le caractère d'une peine. C'est donc avec raison, mais sans s'en rendre compte en réalité, puisqu'il employait le mot *peine*, que M. Gerville-Réache répondait à M. Versigny, qu'on n'avait pas à se préoccuper de la place qu'occuperait la relégation dans l'échelle des peines. Voyons maintenant ses caractères.

1° La relégation est perpétuelle. La perpétuité a été inscrite dans presque toutes les propositions relatives à cette mesure. Seul, le projet de M. Jullien la voulait temporaire : minimum, cinq ans ; maximum, vingt ans (1). La perpétuité fut inscrite dans la loi pour cette raison que ce caractère seul rend la mesure comminatoire et force véritablement le récidiviste à travailler pour se faire une vie nouvelle. D'autres personnes (2) trouvent au contraire cette perpétuité injuste et nuisible : édicter la relégation à vie à la suite d'une présomption monstrueuse d'incorrigibilité, c'est désespérer de l'amendement des hommes que la loi vise ; les auteurs de la loi se contredisent donc, puisqu'ils cherchent cet amendement ; donc, n'y aurait-il qu'un seul amendable, la loi ne peut être impitoyable et leur enlever l'espoir du retour en France, c'est leur ôter le plus grand mobile au travail.

C'est à cette idée que s'est rendu le Sénat, quand il

(1) Exposé des motifs (*Offic.*, déc. 1881, doc. parl., annexe n° 170, p. 1861).

(2) Observations de M. Rivet. Chambre, séance du 23 juin 1883 (*Offic.*, du 24, déb. parl., p. 1424).

modifia le projet de la Chambre en y introduisant l'art. 16 actuel : après 6 ans, le relégué pourra s'adresser aux tribunaux coloniaux pour se faire relever de la relégation en justifiant de sa bonne conduite, des services rendus et de ses moyens d'existence (1). Mais il est bon de remarquer que cette exception, comme celle de l'article 13 (2), ne porte pas plus atteinte au principe de l'art. 1 que la réhabilitation ne porte atteinte au principe de perpétuité des incapacités qu'elle fait cesser (3).

2° La relégation est une mesure non politique. L'art. 3 est formel à ce sujet, et l'on a particulièrement insisté sur ce point dans le cours de la discussion. Quant à déterminer ce qu'il faudra entendre par cette exclusion des matières politiques, nous renvoyons ce point à l'examen des conditions de la relégation.

3° C'est une mesure accessoire d'un certain nombre de condamnations, et qui est prononcée par le juge en même temps que la peine afférente à la dernière infraction. C'est une conséquence de ces condamnations analogue à la résidence forcée qui, d'après la loi de 1854, s'applique de plein droit aux condamnés aux travaux forcés (4), avec cette différence qu'elle doit être prononcée par le juge. Elle ne commence qu'à partir de l'expiration de la peine de la dernière infraction qu'elle ne remplace pas. On a objecté qu'il y avait là

(1) Un amendement en ce sens, mais demandant un délai de 10 ans, avait été présenté à la Chambre par M. Bovier-Lapierre et repoussé (séance du 26 juin 1883, *Offic.* du 27, déb. parl., p. 1461).

(2) Possibilité d'obtenir des autorisations temporaires de sortir de la colonie.

(3) Premier rapport de M. de Verninac au Sénat, (*Offic.* janvier 1885, annexe n° 352, p. 407.)

(4) Résidence perpétuelle pour les condamnés à plus de 7 ans, et égale à la durée de la peine pour les autres, (art. 6, loi du 30 mai 1854).

une idée antijuridique : comment une peine perpétuelle peut-elle coexister avec une peine accessoire temporaire, tandis que les principes du droit pénal commandent que la peine la plus élevée, c'est-à-dire la peine perpétuelle, absorbe la plus faible ? On s'est mépris sur le caractère de la relégation : l'objection aurait sa valeur si la relégation était une peine ; or, pour nous, ce n'est qu'une mesure de police d'une nature spéciale, mesure préventive bien plus que mesure répressive ; et de même que la dégradation civique peut être l'accessoire de peines criminelles temporaires, de même la relégation peut être l'accessoire de peines criminelles ou correctionnelles temporaires.

4° Cette mesure commune aux matières criminelles et correctionnelles est restrictive de la liberté d'aller et de venir, comme l'ancienne surveillance de la haute police ou l'interdiction de séjour actuelle ; c'est l'internement perpétuel dans une colonie.

5° Enfin la relégation est obligatoire. Le juge qui se trouve en présence d'un individu qui réunit les conditions légales ne peut pas ne pas la prononcer. Ce caractère fut certainement celui qui dans les Chambres donna lieu aux plus vives attaques, non seulement de la part des adversaires du principe même de la loi, mais même de la part d'un grand nombre de ses partisans. Cette présomption légale d'incorrigibilité *juris et de jure* irréfragable, résultant d'un certain nombre de condamnations déterminé par la loi, a soulevé des critiques auxquelles nous nous associons sans réserves. Ces attaques ont été renouvelées à plusieurs reprises à la Chambre par MM. Jullien, Gomot, Marcou, Versigny, de Sonnier, Gatineau, Rivet, Bovier-Lapierre, Floquet, Lockroy, comte Albert de Mun, de

Lanessan, de Soland, Freppel (1), et au Sénat par MM. Labiche, Léon Renault (2); mais tous les amendements proposés en ce sens ont été repoussés. MM. Jullien, Floquet et Lockroy n'avaient pas même abandonné la lutte, et ils l'avaient reprise en présentant de nouveaux amendements permettant aux juges d'en dispenser par une décision formelle, ou même seulement de ne la prononcer qu'un certain temps après, la dernière condamnation, pour qu'on ait le temps de prendre des renseignements. Tout fut régulièrement repoussé, mais à une faible majorité : bien petite consolation !

Les objections contre le caractère obligatoire de la relégation reposent, il faut le dire, sur des principes indiscutables (3). Rien d'immoral et d'inique comme cette mesure s'appliquant aveuglément à tous ceux qui ont le nombre de condamnations déterminées, sans qu'il soit possible d'apprécier la moralité de chacun séparément. On reconnaît que même parmi les récidivistes il a des incorrigibles et des amendables, et on leur applique la même mesure, alors que la loi ne veut frapper que les incorrigibles. La faculté d'appréciation qui est le fond de notre législation pénale, qui est imposée par la raison, qui est la cause de l'introduction de l'art. 463, qui a inspiré la réforme de 1874 sur la surveillance, on la foule aux pieds ici par ce seul motif que les gens qu'on vise sont peu dignes d'intérêt. Qu'en sait-on, puisqu'en réalité on les condamne sans les avoir appréciés et jugés ? Toute mesure pénale, quand même ce ne serait pas une véritable peine,

(1) Chambre. Séances des 21 avril 1883, (*Offic.* du 22, p. 697), 26 avril, (*Offic.* du 27), 28 avril, (*Offic.* du 29), 23 juin 1883, (*Offic.* du 24), 11 mai 1885, (*Offic.* du 12), 12 mai, (*Offic.* du 13).

(2) Sénat. Séance du 9 février 1885 (*Officiel* du 10).

(3) M. Bonneville, à son cours.

doit être personnelle ; la condamnation en masse peut frapper des inoffensifs, et cette seule possibilité rend la mesure inique. Rien n'est plus exact que ces pensées exprimées par Rossi (1) : « La moralité de l'acte et celle de l'agent sont choses distinctes au point que l'une peut être appréciée par « formules générales, l'autre ne peut l'être que par « l'examen de chaque fait particulier. Le législateur « qui prétend décider les divers cas d'impunité par « des règles inflexibles, manque à la loi morale. Le « législateur procède par généralités, le juge intervient « dans chaque cas individuel. Exagérez l'action du « premier, vous avez une justice abstraite, dure, « inflexible, égale en apparence, inique en réalité ».

Telle était la législation de 1810 ; toutes les réformes successives de 1832, de 1874, sont revenues aux vrais principes ; et la loi de 1885 fait un pas en arrière.

Pour cette loi, après un certain nombre de condamnations, on est fatalement incorrigible, alors que les rédacteurs eux-mêmes reconnaissent que la présomption peut être fausse, puisque le régime de la relégation est organisé en vue d'un amendement encore possible. Ce n'est pas ainsi que l'avaient comprise ni la commission supérieure des prisons en 1878, ni les Cours d'appel en 1872. Celui qu'on veut atteindre, c'est l'incorrigible ; qui peut l'apprécier, sinon le juge ? Que la loi lui fixe un minimum, rien de mieux. En présence d'une pareille énormité, on s'expose à aboutir à l'opposé de ce que la loi voulait ; les tribunaux qui auront devant eux un homme, ayant bien ses quatre ou sept condamnations, mais plus malheureux que pervers, hésiteront à prononcer la relégation, et dans

(1) *Traité du droit pénal.*

ce but préféreront donner à la dernière infraction une peine inférieure au taux que la loi de 1885 exige, inférieure aussi à celui que leur conscience leur dictait comme juste : la loi sera tournée, et ce qui en souffrira, ce sera la répression. Qu'est-ce qu'une présomption qui ne peut être combattue ? Si ce n'est l'aveu que, parmi un certain nombre de cas de relégation nécessairement prononcée, il y en aura où l'incorrigibilité n'existera pas, ou la présomption sera fausse ? Surtout en droit pénal est-ce possible ?

Quels motifs ont cependant décidé les deux Chambres à voter la relégation obligatoire (1) ? On a d'abord dit que, admettre la faculté pour les tribunaux de prononcer ou non la relégation, ce serait changer le caractère de la loi et lui enlever toute efficacité. Quel est le but de la loi ? Mettre un frein à la récidive. Or il ne faut pas laisser aux malfaiteurs endurcis le moindre espoir d'échapper par la ruse ou l'hypocrisie à une mesure nécessaire. Admettre la relégation facultative, c'est faire preuve de sensiblerie à l'égard de gens qui ne méritent pas de pitié ; c'est renoncer à la protection des honnêtes gens. Ce ne sont pas les malheureux que la loi atteint, mais les gens qui ont été rebelles à toutes les tentatives d'amendement.

La limite de l'incorrigibilité doit être fixée par la loi d'une manière aussi précise que possible. « La faculté d'appliquer la transportation, dit le rapport de M. Gerville-Réache, serait le droit arbitraire de la prononcer. » D'où la diversité de jurisprudence, et par conséquent l'inégalité : là où un tribunal verrait un cas de relégation, un autre ne sera pas du même

(1) Observons que la Commission du Sénat avait tout d'abord adopté le principe de la relégation facultative à l'unanimité moins une voix. Elle a changé d'avis ensuite.

avis, et les récidivistes bien renseignés à cet égard ne manqueraient pas, comme ils le font du reste là où la prison est la plus douce, de commettre leurs méfaits dans le ressort des tribunaux trop indulgents. De plus, le juge, si la présomption légale n'existait pas, n'aurait pas en réalité les éléments nécessaires pour établir une distinction équitable entre un nombre considérable de prévenus ou d'accusés qu'il aurait à juger; car s'il veut s'assurer de la culpabilité de l'individu en vue de la relégation, comme celle-ci est la conséquence non de la dernière infraction seulement mais aussi des condamnations antérieures, il serait obligé en réalité d'apprécier celles-ci, c'est-à-dire de réviser les jugements précédents. Qu'on se souvienne du peu de sévérité des tribunaux correctionnels à l'égard de repris de justice qui sont leurs clients habituels, pour lesquels les condamnations à plus de trois mois sont rares, et l'on verra s'ils appliqueront facilement une mesure perpétuelle, alors que l'infraction dernière n'a peut-être en elle-même qu'une gravité bien relative. Enfin ce serait créer une anomalie dans la loi que de laisser une peine perpétuelle à la disposition de tribunaux correctionnels, qui ne peuvent prononcer qu'un maximum de cinq à dix ans d'emprisonnement. Il faut donc que la relégation ne soit en réalité qu'une mesure que la loi fait découler d'un certain nombre de condamnations; le juge ne la prononcera pas, il constatera seulement que les conditions, de la loi étant remplies, la conséquence légale existe.

Toutes ces raisons sont spécieuses. La faculté d'appliquer la transportation serait, dit-on, le droit arbitraire de la prononcer : il faudrait alors en dire autant de toutes les peines. La peine arbitraire,

dans le bon sens du mot, est celle qui se prête le mieux aux différentes situations : il ne faut pas se méfier des juges, mais n'en choisir que d'irréprochables(1). La diversité de jurisprudence est une conséquence inévitable de toute justice humaine ; sans quoi il faudrait supprimer tous les tribunaux.

La loi, ajoute-t-on, avec la faculté, perd son caractère exemplaire ; mais serait-ce une raison de risquer d'y soumettre des gens amendables, afin d'avoir la certitude que les incorrigibles n'y échapperont pas ? La maxime « mieux vaut laisser échapper cent coupables que de condamner un innocent » sera toujours vraie ; et la loi nouvelle en prend le contre-pied. Qu'on ne vienne pas parler de sensiblerie. Les tribunaux n'en auront pas pour les malfaiteurs vraiment dangereux : une seule chose doit être déterminée, ce sont les cas où le juge devra se poser la question de relégation. — Ajoutons enfin qu'il n'y aurait pas dans cette faculté d'appréciation cette révision des jugements antérieurs qu'on a paru tant redouter : ce dont le tribunal, qui prononcera la dernière condamnation, se préoccupera surtout, c'est de l'état d'esprit du prévenu, de savoir s'il est réellement dangereux et incorrigible ; il en est ainsi, et personne n'a songé à réclamer, quand il applique la récidive légale des articles 56 à 58 ; ne doit-il pas tenir compte de la condamnation précédente et même l'apprécier en quelque sorte, pour fixer le tarif de la nouvelle peine ? Enfin, il est à peine besoin de réfuter cet argument tiré de l'impossibilité de laisser une peine perpétuelle à la disposition des tribunaux correctionnels. L'interdiction de certains

(1) M. Bonneville, à son cours.

droits, qui est perpétuelle, peut parfaitement être prononcée par ces tribunaux : pourquoi la relégation ne serait-elle pas aussi la conséquence d'une décision des juridictions correctionnelles ? Donc tous les motifs invoqués n'ébranlent en rien les principes fondamentaux qui veulent l'appréciation de la culpabilité de chacun, et il n'y a pas de raison spéciale d'y faire échec pour la relégation.

De ces notions nous pouvons maintenant tirer une définition de la relégation plus complète que celle de l'article 1^{er}. Nous proposons la suivante. « La relégation est une mesure non politique, perpétuelle et obligatoire pour le juge, édictée par la loi comme conséquence d'un certain nombre de condamnations criminelles ou correctionnelles d'une certaine espèce qu'elle détermine, et consistant dans l'internement perpétuel dans une colonie ou possession française. »

III. — But de la relégation.

Pourquoi avoir adopté contre les récidivistes, malfaiteurs d'habitude et de profession, le système de la transportation dans une colonie pénale ? Le but ressort très nettement des discussions engagées dans les deux Chambres. On a pu critiquer la valeur des motifs qui l'ont fait choisir ; mais on n'a pas pu se méprendre sur les intentions bien formelles du législateur. En dépit de certains orateurs, qui ont voulu y voir un but politique plus ou moins avoué, une préoccupation se rattachant à un avenir plus ou moins éloigné, il faut reconnaître que l'intention des rédacteurs a été louable sinon toujours heureuse. La prin-

cipale préoccupation, avouons-le, a bien été de débarrasser rapidement le territoire métropolitain de ces gens dangereux dont l'augmentation croissante constituait un véritable péril social ; on voulut parer au plus pressé, et c'est pour ce motif que bien des points furent laissés à la décision du pouvoir exécutif, afin de ne pas retarder le vote d'une loi que l'opinion publique attendait depuis longtemps.

On a donc pu dire avec un semblant de raison que la loi inaugurerait une politique de débarras. Nous nous réservons toutefois d'apprécier un peu plus loin ce système, de voir s'il était juste et utile, d'examiner si une autre solution était possible. Mais dès à présent constatons que d'autres buts plus généreux et moins égoïstes ont guidé le législateur.

Ce qu'il a voulu tenter, c'est la colonisation pénale. De ces malfaiteurs, qui étaient en France une source de corruption, de ruines économiques, de dangers pour les travailleurs honnêtes, que devait-on faire ? Telle était la question. Les laisser en France, c'était, malgré toutes les précautions qu'on aurait pu prendre, conserver le foyer du mal. Si on les éloignait, il fallait les utiliser, sans cependant désespérer entièrement de leur amendement. Or la France a, par delà les mers, des possessions à peu près inhabitées, dont elle ne tire aucune ressource, faute de bras, faute d'une émigration libre qui n'est pas dans le tempérament français. On s'est demandé alors si la relégation dans ces contrées neuves ne serait pas pour le gouvernement un moyen de tirer parti de ses possessions, sans pour cela nuire à l'émigration libre, de faire produire à ces malfaiteurs certains bénéfices, d'en faire des travailleurs au lieu d'être improductifs et nuisibles qu'ils étaient, et peut-être, sans toutefois se payer

d'illusions, d'obtenir d'eux, grâce aux nécessités de la vie nouvelle et au travail qui s'imposera à eux, cet amendement que le milieu social où ils vivaient autrefois n'aurait jamais permis.

Les avantages possibles étaient de nature à tenter nos législateurs : sécurité plus grande de la France, éloignement des organisateurs du crime, amendement plus facile des condamnés accessibles au remords, mise en culture de colonies improductives, remplacement d'individus inutiles par des travailleurs de bon ou de mauvais gré, amendement rare, il est vrai, mais possible de quelques-uns d'entre eux.

Pour faciliter cet amendement, on s'efforcera de reconstituer la famille par l'envoi de femmes; on les prendra parmi les femmes passibles de la relégation, et même parmi celles condamnées aux travaux forcés, qui subissent ordinairement leur peine en France, et dont la loi du 30 mai 1854 autorise la transportation.

On y ajoutera des facilités pour le transport dans les lieux de relégation des familles des relégués, pour leur établissement, grâce à des concessions ou à des emplois; enfin on règlera les conditions dans lesquelles ces concessions appartiendront aux relégués et se transmettront. De même, ainsi que le dit l'art. 17, le gouvernement pourra leur accorder l'exercice de tout ou partie des droits civils qu'ils auraient perdus à la suite des condamnations. Nous verrons du reste comment tous ces points ont été réglementés, quand nous nous occuperons du mode d'exécution et du régime de la relégation. Ce qu'il nous reste à examiner, c'est la question de savoir si la relégation est une mesure juste, et de plus si c'est une mesure pratique.

IV. — La relégation est-elle juste ?

Pour répondre à cette question, il faut mettre de côté toute discussion possible relativement aux condamnations qui pourront entraîner la relégation : on pourra les critiquer plus tard, et la mesure suivant les cas pourra être jugée juste ou excessive. Si nous supposons théoriquement qu'on est en présence d'individus malfaiteurs de profession, d'une incorrigibilité hors de conteste, et il y en a un grand nombre, qui ne vivent que de crimes ou de délits, nous nous demandons si la relégation est juste, si la société a le droit de les exiler à perpétuité sur un territoire colonial ?

Le congrès pénitentiaire international de Stockholm votait au mois d'août 1878 la proposition suivante : « La peine de la transportation présente des difficultés qui ne permettent pas de l'adopter dans tous les pays ni d'espérer qu'elle réalise toutes les conditions d'une bonne justice ». Et les adversaires de la transportation ou relégation de la commenter et de la compléter, en disant que cette peine demande à être perpétuelle, si elle veut atteindre son but, débarrasser la métropole des malfaiteurs ; or la perpétuité s'appliquant à tous est une inégalité dans le châtiment, c'est-à-dire une iniquité. On ajoute qu'elle est certainement excessive dans certains cas : peut-on concevoir une peine perpétuelle appliquée à de simples délits dont le nombre varie de 4 à 7 (a. 4) ; une peine, la plus grave après la mort, frappant des individus qui n'ont commis que des infractions punissables de prison (1) ?

(1) Voir les discours de MM. de Mun et Freppel, (Chambre, séances des 9 et 11 mai 1885) et Béranger et Buffet (Sénat, séance du 7 février 1885).

Inégale dans son principe, elle l'est bien davantage dans son exécution : très alléchante et par conséquent peu intimidante pour ceux qui sont rebelles à tout sentiment de famille et de patrie, auxquels elle offre l'attrait d'un voyage dans des pays lointains (2) elle est terrible et barbare pour les autres. — Mais ici les adversaires de la relégation se divisent : pour les uns ce n'est pas une peine exemplaire, c'est au contraire un encouragement au crime ; le désir d'être nourris, d'être propriétaires même, de voir des pays nouveaux, fera que beaucoup de malfaiteurs commettront de nouveaux délits pour se faire reléguer ; que diront les travailleurs honnêtes, qui aujourd'hui ne vivent que difficilement avec un travail pénible, quand ils verront des misérables dont le sort sera bien supérieur au leur pour ce seul motif qu'ils n'auront pas vécu honnêtement ? Et ces criminalistes proposent de faire de la transportation au lieu d'une peine une sorte de faveur pour les condamnés amendables, et de faciliter l'émigration des ouvriers honnêtes mais malheureux. — D'autres prennent le contre-pied de l'opinion précédente, et qualifient de barbare cette mesure dont les premiers veulent faire une faveur : ils s'appuient sur cette idée que rien n'est plus dur que d'envoyer ces hommes à des centaines de lieues de France, de les y soumettre à un régime qui, ayant pour base l'obligation au travail, les assimile en réalité aux forçats ; c'est, dit-on, les encourager au crime au lieu de simples délits, puisque leur sort n'en

(1) On donne comme preuve l'exemple de l'Angleterre, où en 1805 le nombre des condamnés pour crimes était de 2,783 (non compris l'Irlande et l'Ecosse) et où il était de 21,000 en 1850 alors que la transportation est dans son plein développement. — En France, voir ce que nous avons dit de la loi du 25 décembre 1880.

sera pas aggravé. Enfin, si le gouvernement, qui a le choix entre les colonies, vient à désigner des colonies meurtrières comme la Guyane ou le Sénégal, mieux vaudrait pour eux une condamnation à mort exécutée sur le champ que cette mort lente et douloureuse amenée par les fièvres pernicieuses de ces contrées ; et on cite à tout moment la fameuse parole de Victor Hugo : « La Guyane, c'est la guillotine sèche. »

Une autre objection est relative à l'amendement qu'on croit pouvoir obtenir par ce système. Le travail ne sera pas moralisateur, parce que la promiscuité le rendra inefficace ; ces gens sont des paresseux invétérés qui, même aux colonies, préféreront vivre par des moyens d'une moralité douteuse plutôt que de travailler ; ils ne feront que de transporter là-bas leurs vices et leur corruption. — Toutes ces raisons sont si vraies, dit-on pour terminer, que la transportation est de nos jours définitivement condamnée ; à commencer par l'Angleterre qui a dû l'abandonner en 1868, pour continuer par la Hollande qui ne l'a jamais pratiquée malgré ses grandes colonies et l'a repoussée à nouveau en 1875, partout on voit ce système perdre du terrain aussi bien en théorie qu'en pratique. La relégation, condamnée par le congrès de Stockholm, par des criminalistes comme MM. Charles Lucas, Desjardins, n'est qu'un moyen empirique de changer le mal de territoire sans le supprimer, et n'est plus pratiqué aujourd'hui que par la France qui y donne une nouvelle extension et la Russie qui va l'abandonner.

Enfin une dernière difficulté se présente. Etant admis que la relégation soit juste, qu'elle soit intimidante, qu'elle puisse être pour quelques-uns un moyen d'amendement, la France a-t-elle le droit de sacrifier ainsi une de ses colonies ? Car, dit-on, on aura beau

faire, il y aura toujours des gens profondément vicieux qui transformeront la colonie pénale en véritable repaire de bandits ; l'égoïsme de la mère-patrie peut-il aller jusqu'à faire si bon marché de la vie, des biens, de l'honneur des colons libres et aussi des indigènes, quel que soit leur nombre restreint, quel que soit l'état de leur civilisation, à leur imposer un voisinage déshonorant et dangereux ? C'est comme si une loi ordonnait que tous les individus sortant des prisons départementales ou des maisons centrales seront parqués dans un des départements de la France continentale.

La gravité de toutes ces objections ne nous a pas échappé, et cependant nous ne les croyons pas fondées. Sans doute la solution de toutes ces questions demande un examen sérieux ; la détermination pratique des moyens à employer pour rendre la relégation juste et possible demande une extrême prudence ; peut-être n'est-on pas arrivé du premier coup à la solution la plus irréprochable ; il ne nous semble pas moins vrai qu'on peut répondre aux objections qu'on a formulées contre cette mesure. La proposition votée par le congrès de Stockholm, profondément vraie, si on la comprend bien, ne préjuge rien contre ce système. Oui, il y a des circonstances particulières à tel ou tel pays, comme l'absence de colonies, ou même l'existence de possessions mais déjà peuplées et civilisées, qui peuvent rendre la transportation impossible ; et même, au point de vue de l'exécution des peines, il est encore vrai de dire que la transportation ne réalise pas les conditions d'une bonne exécution. Nous l'avons nous-même constaté, quand nous avons eu à apprécier le nouveau régime des travaux forcés, organisé par la loi du 30 mai 1854 et les décrets qui la complètent. Nous

avons essayé de démontrer combien peu sévère, combien peu intimidante par conséquent était cette peine qui est cependant la seconde de notre échelle pénale ; aussi reproduisons-nous cette conclusion ici pour répondre à ceux qui voient dans la relégation une peine cruelle et barbare. Si le relégué est assimilé au forçat, ce qui n'est pas, nous le démontrerons plus loin, son sort n'est pas aussi malheureux qu'ils l'ont dépeint, en mettant de côté la question de lieu que nous examinerons aussi.

Reste maintenant l'objection de ceux qui y voient un attrait pour les malfaiteurs, d'où un encouragement au délit et au crime, une cause de découragement pour le travailleur honnête, objection à laquelle nous rattacherons le reproche d'être une peine hors de proportion dans certains cas avec la culpabilité, inégale dans son exécution pour les différents récidivistes (1). Cette objection repose sur une confusion que nous avons déjà signalée : la relégation est regardée comme une peine alors que, nous l'avons dit, elle n'est qu'une simple mesure de police. Si le récidiviste a expié par les travaux forcés, la réclusion ou l'emprisonnement correctionnel, les différentes infractions dont la relégation est la conséquence commune, il n'a plus de peine à subir, et la mesure nouvelle n'a d'autre but que de mettre ce malfaiteur incorrigible dans l'impossibilité de nuire. Cette solution est-elle rationnelle ? Oui ; quelque nombreux que soient les délits commis, la peine de la dernière infraction ne doit pas être en disproportion avec le fait

(1) Constatons en passant cette contradiction entre les adversaires de la loi, dont les uns trouvent la relégation trop douce, d'autres trop sévère ; c'est là une preuve évidente de l'exagération mise quelquefois dans les critiques adressées à la loi.

coupable pris en lui-même; si la récidive permet d'augmenter la peine, il y a une limite dans la criminalité intrinsèque du fait pris isolément; mais contre ce malfaiteur, auquel la loi pénale ne peut rien, la société, qui a épuisé son droit de punir, conserve son droit de défense; contre le péril dont elle est menacée elle se protège en édictant des mesures de police pouvant aller jusqu'à une atteinte à la liberté; c'est ce qu'elle fait pour les fous dangereux, pour lesquels le mot *peine* est un non sens, c'est ce qu'elle fait pour le récidiviste incorrigible qui a subi le châtiment de ses délits, et pour lequel le mot *peine* a cessé d'avoir sa raison d'être. Or, ce droit de défense, puisé dans la nécessité de la conservation, n'a d'autres limites que cette nécessité même : tout ce qui sera dans ces limites sera juste, tout ce qui les dépassera sera inique. La nécessité voulant que la protection des citoyens honnêtes, protection que la loi pénale n'offre plus, soit perpétuelle, la relégation doit être perpétuelle, mais elle ne doit consister qu'en ce qui est nécessaire pour la préservation de la société; c'est bien ainsi que l'a comprise le législateur de 1885, puisque pour lui le relégué devait être régi par le droit commun sur les territoires de relégation, et, si l'obligation au travail et les mesures de sécurité ont pu faire adopter un régime se rapprochant des travaux forcés, nous n'en blâmerons pas le législateur, à condition toutefois, qu'il n'ait pas dépassé le but proposé, et qu'il ait évité une véritable assimilation à des condamnés à une peine en cours d'exécution (1).

(1) Ajoutons que la transportation est autant dans l'intérêt du condamné, auquel il fournit le seul moyen d'amendement désormais possible, que dans celui de la société.

Si on objecte que cette mesure sera insensible aux uns, pénible pour les autres, suivant l'état d'esprit et le plus ou moins de perversité, nous répondrons que c'est une conséquence fatale de la diversité des conditions, des tempéraments, des caractères; une mesure de police, gênante pour les uns, le sera moins pour d'autres; les peines mêmes sont moins pénibles pour le philosophe que pour l'homme impressionnable; c'est là une inégalité à laquelle tout système socialiste, quelque avancé qu'il soit, ne portera jamais remède.

Aux autorités qu'on nous oppose nous répondons en en opposant d'autres qui n'ont pas moins de valeur: ce sont la Cour de cassation et les Cours d'appel consultées en 1872 et qui, plus en contact avec les malfaiteurs, sont à même d'étudier la question; c'est l'avis du Conseil supérieur des prisons; c'est l'avis des intéressés eux mêmes, les récidivistes, qui redoutaient particulièrement le vote de la loi (1).

Reste la question de savoir si le législateur a le droit d'imposer à une colonie le voisinage de tous les malfaiteurs de la métropole. S'il s'agissait d'une terre absolument inhabitée, et qu'on veuille y interner les récidivistes, la question ne souffrirait pas de difficultés, puisqu'on ne sacrifierait personne. Mais telle n'est pas la situation. La colonie, quelle qu'elle soit, est habitée et exploitée soit par des colons libres soit par des indigènes. La maxime que l'intérêt particulier doit céder le pas à l'intérêt général, qu'il semble tout naturel d'invoquer pour légitimer la mesure de la transportation, frise de bien près la maxime fort peu morale du droit

(1) 54 rapports de directeurs d'établissements pénitentiaires, sur 67, constatent l'effet produit sur les détenus et émettent un avis favorable à la transportation.

du plus fort, l'écrasement d'une colonie faible ayant à peine un défenseur dans les Assemblées législatives par une majorité égoïste. Dire que les colonies, qui doivent tout à la mère-patrie, sont débitrices envers elle, et qu'il n'est pas exorbitant de leur demander un sacrifice, n'est peut-être pas toujours juste : combien parmi elles ont demandé leur annexion à la France et ont profité de ses bienfaits ? Le principe qu'une nation civilisée a le droit d'imposer, même malgré eux, aux peuples moins avancés les bienfaits de cette civilisation, ce principe qui a été le prétexte, il faut l'avouer, de bien des annexions forcées, ne nous semble pas aussi concluant qu'on veut le dire. Il faut donc chercher ailleurs la légitimation de la mesure ainsi imposée aux possessions coloniales. Nous la trouvons dans une sorte de nécessité sociale à laquelle il est impossible de se soustraire ; qu'on envoie les relégués aux colonies ou qu'on les conserve en France dans un rayon déterminé, ils seront toujours pour les localités voisines un sujet de crainte et de danger ; ainsi en est-il pour les contrées qui sont proches d'un établissement pénitentiaire quelconque ; le danger d'évasion, celui de l'accumulation inévitable des libérés pendant un certain temps tout au moins autour des maisons d'où ils sortent, font aux habitants de ces pays une situation inférieure à celle des autres régions ; l'interdiction de certains séjours aux malfaiteurs constitue pour Paris, par exemple, un privilège relativement aux départements ; et cependant personne n'a songé à critiquer cette mesure ; il n'y aurait pas davantage de motifs pour imposer à une localité plutôt qu'à une autre le voisinage d'une maison de détention ; ou sinon il n'y a plus de représentation possible. Dure nécessité, nous le voulons bien, mais qui s'impose.

Le seul devoir de la loi est, entre plusieurs maux, de choisir le moindre et de prendre, pour la protection des citoyens qu'elle semble sacrifier, toutes les mesures nécessitées par les circonstances. Or, quand une colonie est à peu près inhabitée, inexploitée, n'est-il pas préférable de la choisir comme lieu de relégation de préférence à une contrée métropolitaine ou même coloniale suffisamment peuplée : le mal est moindre ; on peut même utiliser les travaux des malfaiteurs à l'exploitation de cette colonie, on peut espérer la peupler par des gens préalablement amendés ; pourquoi ne le ferait-on pas ? C'est bien là l'idée du législateur de 1885 qui, à maintes reprises, a déclaré que la relégation ne s'exécuterait pas dans une colonie florissante et déjà civilisée (1). Ajoutons que des mesures de protection spéciale s'imposent ; et que la loi de 1885 et le règlement qui la complète l'ont bien entendu ainsi. Enfin la colonisation pénale produit-elle tous les mauvais résultats qu'on prétend ? C'est la question à laquelle nous allons répondre en examinant si la relégation est pratique.

V. — La Relégation est-elle pratique ?

Nous avons déjà dit que nous mettions entièrement de côté la question financière, quoiqu'elle ait soulevé devant les Chambres des débats assez vifs. Les uns y voyaient une cause de ruine pour un budget déjà bien obéré ; d'autres voulaient qu'on dépensât pour la réforme des prisons l'argent qu'on réservait ainsi pour

(1) Un député, M. Franconie, avait demandé une répartition proportionnelle des récidivistes entre toutes les colonies. (Chambre, séance du 26 juin 1883). (*Offic.* du 27). Ce que nous venons de dire démontre bien l'impossibilité de cette répartition.

ce qu'ils appelaient une aventure ; à quoi on répondait que la sécurité publique valait bien qu'on fit des sacrifices, que du reste la diminution du nombre des détenus en France pourrait faire réduire plus tard le budget des établissements pénitentiaires de France, ce qui amènerait une sorte de compensation.

Les uns fixaient à 30,000, 50,000, même 100,000, le nombre des récidivistes à reléguer la première année ; le Gouvernement indiquait 5,000 pour la première année, 4,000 pour la deuxième, 3,000 pour la troisième. L'expérience a démontré l'exagération de tous ces chiffres. Les difficultés de premier établissement ont empêché le budget voté pour le nombre que fixait le Gouvernement d'être dépensé en totalité : car depuis le 26 novembre 1885, jour où la relégation pouvait être prononcée par les tribunaux, jusqu'au 1^{er} janvier 1888, on n'a envoyé aux colonies que 1,234 relégués, dont 1,154 hommes et 80 femmes (1).

En quittant ce terrain, pour nous poser la question de savoir si la relégation est pratique, nous avons surtout à consulter les expériences faites avant 1885. Ce qui encourageait dans cette voie les rédacteurs de la loi nouvelle, c'étaient l'exemple de l'Australie colonisée par des convicts anglais et aujourd'hui florissante, et l'exemple beaucoup plus modeste, il est vrai, des résultats obtenus par la loi du 30 mai 1854 qui appliquait la transportation à la peine des travaux forcés. Et cependant ces deux groupes de résultats ont été fortement contestés. Nous aurons à examiner ces points rapidement. Nous terminerons par la question bien discutée

(1) Voir l'interpellation de M. Béranger et la réponse de M. Sarrien, ministre de l'Intérieur, sur l'application des lois du 5 juin 1875, des 27 mai et 14 août 1885. (Sénat, séance du 27 janvier 1888, *Offic.* du 28, déb. parl., p. 45).

aussi de savoir si la France a des colonies qu'on puisse utiliser par la relégation.

L'Australie a-t-elle été colonisée par les convicts? Si la réponse est affirmative, l'expérience est concluante; car cette colonie anglaise est assurément dans un état de prospérité que tout le monde reconnaît. Non, ont répondu certains orateurs au Parlement, en particulier M. Georges Perin (1). La preuve, c'est que lors d'une enquête faite en Angleterre en 1838, deux adversaires politiques, l'un whig, l'autre tory, lord John Russell et sir Robert Peel, se sont prononcés contre la transportation. Les convicts n'ont été, partout où ils ont été envoyés, qu'une cause de démoralisation pour les colons libres; la preuve, c'est que South-Australia, qui n'en a jamais eus, est aujourd'hui la contrée la plus florissante, et que Victoria, dans un moment où les bras manquaient, en refusa, en présence des désordres de Tasmanie et de la Nouvelle-Galles du Sud : dans ces contrées, et particulièrement à l'île de Norfolk, le manque de femmes amena de telles débauches, qu'on dut abolir la transportation. Dans toute l'Australie, les convicts, qu'on assimilait à des esclaves, se révoltaient, tuaient leurs maîtres, et s'organisaient ensuite en bandes (*les Buhsrangers*) pour tuer et piller. De là les enquêtes de 1838 qui aboutirent au bill de 1847, organisant un nouveau mode d'exécution des peines, commençant par un emprisonnement cellulaire d'un an, puis par un travail en commun et se terminant par la transportation et la possibilité pour les convicts de racheter leur liberté là-bas avec leurs économies : malgré ces réformes, il se forma dans la colonie une ligue de l'anti-transportation, et l'Angleterre dut céder en 1868.

(1) Discours prononcé à la Chambre. Séance du 30 avril 1883, *Offic.* du 1^{er} mai).

Depuis, ce système a été complètement abandonné par cette nation si riche en colonies, et dans une enquête faite en 1879 presque tous ceux qui s'occupent du régime pénitentiaire se sont prononcés contre cette mesure.

On a répondu, et avec raison, croyons-nous, que l'abandon de la transportation par l'Angleterre est due à de tout autres motifs. Il est si vrai que la colonisation de l'Australie vient des convicts, que le premier envoi d'émigrants libres ne date que de 1825, et qu'aujourd'hui encore la majorité de la population se compose de ces gens ou de descendants d'eux. Que des désordres se soient produits au début, alors que rien n'était organisé, alors que c'était une véritable aventure où l'on se lançait sans réglementation capable d'en assurer le bon fonctionnement, cela n'a rien d'étonnant.

Ce qui est même étonnant, c'est ce succès, dont la prospérité actuelle de l'Australie est la preuve, après une organisation aussi défectueuse. Quatre enquêtes eurent lieu en Angleterre en 1820, en 1838, 1858 et 1863. L'enquête de 1838, la plus importante, est celle qui, dit-on, fut nécessitée par les horreurs de Tasmanie et de la Nouvelle-Galles du Sud; or, à la suite du rapport de la commission, la transportation ayant été supprimée à la Nouvelle-Galles en 1840 et à Van-Diémen (ou Tasmanie) en 1854, le Conseil législatif de la Nouvelle-Galles du Sud protesta contre les conclusions de la commission. La vérité, c'est que les réclamations vinrent non pas des colons, mais bien du gouverneur même de la Nouvelle-Galles, M. Bourke, protestant contre le sort cruel réservé aux convicts à leur arrivée dans la colonie et qualifiant ce régime de *Code de l'esclavage*. Le gouvernement anglais, qui, en 1847, orga-

nisa le nouveau mode d'exécution des peines, revint sur sa décision, et un ordre du conseil du 1^{er} mai 1849, à la suite de demandes des colons, désigna pour la transportation l'Australie occidentale qui reçut des convicts jusqu'en 1865 (1). Ce revirement fut dû aux efforts du comte Grey, secrétaire d'état aux colonies (2) qui y voyait une mesure favorable à la métropole, aux colonies et aux condamnés. De nouveaux désordres se produisirent lors de la découverte des mines d'or en 1852 ; ce fut une désertion générale des condamnés surveillés et de ceux qui étaient chargés de leur surveillance. Une nouvelle enquête eut lieu en 1853 et les commissions des deux Chambres n'en demandèrent pas moins la continuation de la transportation. Supprimée en dépit de ces conclusions, elle dut être reprise à la suite d'une recrudescence de criminalité qu'avait produite le premier essai du système nouveau de la libération conditionnelle.

L'enquête de 1856, faite par la Chambre des Communes, conclut ainsi : « La transportation est la peine la plus efficace, la plus redoutée des criminels, et la plus propre à effectuer leur amélioration ». Le bill de 1857 abolit le mot de transportation, mais permit d'envoyer aux colonies, qui en feraient la demande, des condamnés à la servitude pénale. Les résultats, malgré toutes les fautes commises, n'en avaient pas moins été heureux, puisqu'en 1850 l'Australie occidentale comptait 48,000 convicts vivant librement et honnêtement de leur travail. Si l'Angleterre dut renoncer à la transportation, cela tient à des causes

(1) Extraits du *Colonial Constitutions an outtine of the constitutional History and existing Governement of the British dependencies*, par Arthur Mills.

(2) Lettre du 5 février 1847 à Sir Georges Grey, secrétaire d'Etat de l'Intérieur.

nombreuses qui ne condamnent en rien ce système; ce fut d'abord la répulsion des convicts devenus colons pour des convois qui leur rappelaient par trop leur passé; ce fut aussi la jalousie des ouvriers libres, la crainte d'une concurrence qui se faisait jour à une époque où les bras étaient devenus assez nombreux; ce fut enfin la résistance des colonies auxquelles la métropole voulait imposer les dépenses de la transportation et qui trouvaient injuste de payer de leur argent les frais d'une mesure qui profitait surtout à la Grande-Bretagne. Celle-ci résista tant qu'elle put, et ce ne fut que devant la menace d'une scission qu'elle céda. La leçon qu'on peut retirer de cette expérience concluante est qu'il y a des limites qu'il ne faut pas dépasser: une colonie saturée ne peut plus recevoir de condamnés; il faut pour la transportation une organisation qui a manqué dans les premiers temps à l'Australie; il faut surtout faciliter l'amendement par la reconstitution de la famille; il faut encadrer la colonisation pénale dans la colonisation libre; il faut enfin pour ceux qui résistent à tous les efforts de régénération un régime qui les mette dans l'impossibilité de nuire. Organisée ainsi, la transportation est, nous le croyons, possible.

Nous avons dit qu'un second mobile avait exercé son influence sur les rédacteurs de la loi de 1885; c'est le résultat modeste mais satisfaisant dû à l'application de cette mesure de la transportation aux forçats libérés. Ce qui a frappé surtout, c'est la décroissance de la grande criminalité en France; quant à la colonisation pénale, il faut reconnaître que ses résultats ont été peu appréciables: la notice sur la transportation en 1880 constate que sur 10,000 transportés à la Nouvelle-Calédonie il n'y a guère

que 180 concessions (1). Les essais tentés en Guyane ont été encore moins brillants. Mais le plus beau côté de cette mesure a été le peu de crimes ou de délits commis par ces criminels : en 1875 il y avait à la Guyane et à la Nouvelle-Calédonie 10,505 transports, et la moyenne annuelle des crimes était de 13 contre les personnes et 32 contre les propriétés pour les condamnés en cours de peine, de 4 contre les propriétés et 5 contre les personnes pour les libérés. En 1877, la population criminelle de ces deux colonies était de 11,428 et il y a eu pour les non-libérés 8 crimes contre les personnes et 11 contre les propriétés ; pour les libérés, 12 contre les personnes, 15 contre les propriétés. Le colonel Charrière a, en 1875, devant la commission d'enquête, cité de nombreux exemples d'amendement, et a constaté que les condamnés dans ces colonies ont tout construit, bâtiments publics, routes, et avaient beaucoup aidé les colons.

DÉTERMINATION DES LIEUX DE RELÉGATION.

L'article 15 du projet voté d'abord par la Chambre désignait 4 colonies : la Nouvelle-Calédonie, les Iles Marquises, l'île Phu-Quoc et la Guyane. En présence des discussions interminables que faisait naître cette détermination, le Sénat la supprima comme inutile et dangereuse : les documents fournis sur la salubrité ou la possibilité de coloniser ces possessions étant absolument contradictoires, il préféra, pour ne pas retarder le vote d'une loi urgente, laisser le choix au gouvernement sous sa responsabilité,

(1) Ce nombre était de 300 en 1882.

afin de pouvoir changer au besoin si l'essai était désastreux.

Le Gouvernement accepta cette responsabilité ; mais il déclara formellement que dans sa pensée son choix était fixé pour la Nouvelle-Calédonie et la Guyane ; le sous-secrétaire d'Etat aux colonies avait éliminé les Marquises et Phu-Quoc, afin de ne pas disséminer les agents de surveillance et ne pas accroître les dépenses, et pour ce motif particulier à Phu-Quoc, que cette île renfermait déjà un pénitencier agricole pour les enfants. Le Gouvernement avait également indiqué la proportion : 4/5 à la Guyane, et 1/5 à la Nouvelle-Calédonie.

C'était de la part du législateur, nous l'avons dit plus haut, une véritable abdication (1) ; mais il fut avoué sans détours que cette abdication avait pour causes le désir de hâter le vote de la loi et surtout la crainte de ne pouvoir réparer assez rapidement l'erreur, si l'essai d'une colonie ne réussissait pas. Ce qui fait la rigueur d'une mesure, c'est son mode d'exécution, et surtout le lieu d'exécution, quand le choix existe entre des régions aussi différentes de climat et de ressources que nos colonies. Ce fut donc sans aucune bonne raison qu'on fit échec à ce principe qui veut que la loi elle-même fixe les conditions essentielles d'une mesure prénavale. En vertu des pouvoirs que lui conférait la loi, le pouvoir exécutif affecta à la relégation collective la Guyane et au besoin la Nouvelle-Calédonie, et toutes les colonies à la relégation individuelle (2). Le lieu de la relégation collective fut précisé par un décret du 20 août 1886, qui désigna l'île des Pins et ses dépendances (Nouvelle-

(1) M. Bonneville, à son cours.

(2) Règlement du 26 novembre 1885, art. 4.

Calédonie; mais un décret plus récent y a ajouté un territoire de la Guyane qu'il délimite (décret du 24 mars 1887).

Malgré ce choix laissé au Gouvernement, la désignation de la Guyane et de la Nouvelle-Calédonie a donné lieu dans les deux assemblées aux luttes les plus curieuses : on apporta à la tribune les documents les plus contradictoires; ici c'étaient les habitants qui réclamaient la transportation; là, ces mêmes habitants la repoussaient avec énergie; pour les uns ces colonies étaient d'une richesse surprenante, pour les autres elles n'étaient d'aucun rapport; on ne s'entendait même pas sur la superficie exacte de ces territoires, sur les terres disponibles; à des rapports de médecins qui, pour la Guyane en particulier, déclaraient ce pays inhabitable, on opposait d'autres rapports d'autres médecins qui disaient tout le contraire; la mortalité était de 45 0/0 d'après certains tableaux, alors que pendant les mêmes années d'autres tableaux la fixaient à 20, 30 0/0; les gouverneurs eux-mêmes des colonies se contredisaient.

Il eût fallu une enquête sérieuse faite sans parti pris; et la loi aurait fixé elle-même les colonies d'après ses conclusions. On comprendra alors que nous ne puissions pas nous prononcer : nous croyons cependant que plusieurs de nos colonies ont incontestablement une étendue de terres assez vaste, un climat assez sain pour recevoir des relégués; lesquelles? Le pouvoir exécutif, qui a tous les documents entre mains, y répondra mieux que nous. Le seul tort que nous reprochions au législateur, c'est d'avoir trop pressé le vote de la loi; il s'est aventuré sans s'être suffisamment renseigné. La loi était donc pratique,

mais laissait à l'administration un arbitraire trop considérable.

Sans vouloir entrer dans toutes les discussions qui ont eu lieu sur ces points dans les Chambres, nous résumerons seulement à titre de curiosité ce qui a été avancé de part et d'autre. — La *Guyane* est un pays d'une superficie de 16 à 18,000 lieues carrées (la moitié de la France), qui n'a que 30,000 habitants : il y a donc de la place et des terres pour les récidivistes pendant plusieurs siècles. Mais ce qui a soulevé le plus de discussions, c'est sa salubrité. Les uns ont dit qu'y envoyer les relégués, c'était une condamnation à une mort aussi certaine que douloureuse, à raison des fièvres qui y règnent perpétuellement ; tout au plus habitable pour des gens nés dans les pays chauds, comme des Arabes ou des Créoles, elle est mortelle pour les Européens pour qui le travail de la terre, le défrichement des forêts sont absolument impossibles ; l'expérience faite de 1854 à 1867, époque où on cessa d'y envoyer des forçats, est concluante ; la mortalité moyenne était de 20 % ; le général Pélistier, inspecteur en 1877, a trouvé pour Saint-Laurent-du-Maroni, l'endroit le plus salubre, une mortalité de 48 % ; les soldats et les fonctionnaires n'y restent que deux ans et n'échappent que grâce à des soins continuels ; et on cite à l'appui : une délibération du 22 octobre 1884 prise par le conseil supérieur de santé de la marine, l'avis de MM. Schœlcher, Michaux et Franconie qui ont habité la colonie ; le rapport d'un médecin inspecteur qui se termine ainsi : « Dans quelques années on ne trouvera plus à la Guyane que des hôpitaux ou des cimetières » ; l'opinion du docteur Riou-Kérangal, médecin à Maroni (1) ; les statistiques publiées par le

(1) Rapport du 21 mars 1867.

Bulletin de la société des études coloniales et maritimes en 1878, constatant que la mortalité a été de 25,5 % en 1855, 24,5 % en 1856 et 8,80 % en moyenne depuis ce temps, baisse due à ce qu'il n'y a plus d'envois de condamnés européens ; l'opinion des amiraux Jauréguiberry et Fourichon, anciens gouverneurs. De plus, on fait observer que le conseil général de la Guyane a, en 1886, protesté contre l'envoi des récidivistes (1), et qu'une pétition de colons a eu lieu en ce sens.

A ces arguments les partisans de la relégation en Guyane en ont opposé d'autres : la réputation d'insalubrité faite à la Guyane ne repose sur aucun fondement, elle est due à des tentatives infructueuses (2) par suite d'ignorance, d'incurie et d'inobservation complète des règles d'hygiène ; on a défriché sans mesure et sans précautions ; la mortalité est due à ces causes, et on a abandonné les établissements de l'île de la Mer, de la Montagne-d'Argent, de Saint-Georges, de Sainte-Marie, de Saint-Augustin, de Kourou, juste au moment où le climat cessait d'y être insalubre ; ce terrain excessivement fertile peut être défriché par des Européens, en ayant soin de ne pas les faire habiter immédiatement et en prenant des précautions ; ce sont même les Européens qui résistent le mieux aux climats tropicaux.

Voyez plutôt, dit-on, les résultats obtenus dans les Guyanes anglaise et hollandaise qui ont le même climat et sont peuplées d'Européens en grand nombre ; la mortalité, élevée en 1855 et 1856 à cause d'épidémies

(1) Séance du 23 juin 1884. *Moniteur officiel de la Guyane* du 5 juillet 1884.

(2) La première fut celle du duc de Choiseul sous Louis XV ; une deuxième date du 18 fructidor an V.

qui y ont régné, n'y est en moyenne que de 6, 95 %, alors que dans les prisons de France elle varie de 6 à 9 % ; c'est la colonie où la mortalité de la troupe est le moins élevée ; de 1872 à 1880 elle est de 8 % en moyenne à la Martinique, 9, 8 % en Cochinchine, 13 % au Sénégal et 6 % à la Guyane. Et l'on cite l'opinion de M. Chessé, gouverneur de la Guyane en 1883, de M. Malhouet, ancien gouverneur, de M. Armand, directeur de l'administration pénitentiaire de la Guyane (lettre du 7 avril 1884), de M. Lavieille qui l'a habitée, l'avis de l'amiral Peyron et les notes de M. Frédéric Boyer, capitaine de frégate, et, chose étonnante, jusqu'à une brochure publiée en 1879 par M. Franconie constatant la fertilité du pays et la possibilité d'un défrichement, alors qu'il déclarait lui-même le contraire en 1883. Quant aux réclamations du conseil général, elles sont dues à la crainte d'un voisinage dangereux, que l'on dissipera par des mesures de précautions assez sévères.

La *Nouvelle-Calédonie* a soulevé des objections d'une nature toute différente. On a dit qu'elle ne pouvait plus recevoir de relégués faute d'étendue et de terrains disponibles. On croyait en 1873 qu'elle avait une contenance de 2.300.000 hectares dont 1.600.000 cultivables : ce qui est faux ; elle a une contenance de 1.600.000 hectares dont 530.000 cultivables et il n'y en a plus que 150.000 à céder ; on n'a plus assez de terres à donner aux forçats libérés ; on est obligé d'en prendre aux colons libres ; ceux-ci préfèrent aux libérés des Néo-Calédoniens ; de plus cette colonie n'offre pas les ressources qu'on espérait ; riche en minerais, elle n'offre que d'étroites vallées à la culture : la canne à sucre n'y a pas réussi, on a dû l'abandonner pour la culture du café dont le succès est douteux

et pour l'élevage du bétail qui atteint forcément une limite qu'on ne peut dépasser. On cite l'opinion de l'amiral Jauréguiberry et de M. Pallu de la Barrière, gouverneur de la colonie au moment de la discussion de la loi. Le délégué de la Nouvelle-Calédonie auprès du conseil supérieur des colonies a protesté contre la relégation.

On a répondu que la Nouvelle-Calédonie d'une étendue de 1,600,000 hectares n'a que 60,000 habitants (1 par 7 hectares alors qu'en France il y en a 30 par 7 hectares); qu'elle peut certainement, outre les forçats, recevoir au moins 60,000 récidivistes; que les bras manquent, qu'il y a des bois et des mines riches à exploiter, et que les colons libres sont obligés d'aller engager des indigènes aux Nouvelles-Hébrides; que l'émigration libre est complètement insuffisante (1), que les concessions ne sont pas aussi nombreuses qu'on le prétend (2); qu'il reste encore 212,000 hectares à partager que du reste tout est à faire là-bas, qu'il n'y avait en 1882 que 80 kilomètres de route terminés; qu'un rapport de l'amiral Courbet constate le succès de certaines cultures, comme le maïs, le café, etc. On cite alors : le silence des journaux de la colonie qui n'ont jamais protesté contre le vote de la loi, une pétition d'habitants de Nouméa du 31 mars 1879 approuvant l'établissement de Dumbéa affecté aux libérés; enfin la décision d'une commission de colons réunie par M. Pallu de la Barrière en 1882, qui s'exprime ainsi : « Autant la colonisation par la transportation seule est une folie, autant la colonisation par l'élément libre seul est une illusion. »

(1) En 1875, la colonie a reçu 428 colons, défalcation faite des sortants; en 1882 le chiffre n'est plus que de 182.

(2) Il y en avait 308 à l'arrivée de M. Pallu de la Barrière, et 608 à son départ.

En présence de pareilles contradictions une conclusion est impossible à formuler. Nous n'en croyons pas moins la relégation praticable, sauf désignation d'une colonie qu'on peut trouver. Mais il faut, pour que l'expérience réussisse, tenir compte des leçons de l'histoire. Aussi une transportation faite avec prudence dans une colonie naissante, peu peuplée et non dépourvue de ressources, combinée avec une émigration libre pour l'encadrer (1), organisée de manière à faciliter pour les amendables le reclassement par des concessions et la reconstitution de la famille, et à assurer par des moyens sévères la sécurité contre les malfaiteurs endurcis et rebelles, nous paraît-elle offrir sinon le retour de tous les coupables, du moins celui d'un petit nombre, et l'impossibilité de nuire de la part des autres. C'est le régime qui doit fixer ces règles; nous allons l'étudier dans l'article suivant.

ARTICLE III

Régime et mode d'exécution de la relégation

Le § 2 de l'art 1 de la loi est ainsi conçu; « Seront déterminés, par décrets rendus en forme de règlement d'administration publique, les lieux dans lesquels pourra s'effectuer la relégation, les mesures d'ordre et de surveillance auxquelles les relégués pourront

(1) Cette émigration libre serait fournie par les ouvriers honnêtes qui ne trouveraient plus en France un travail suffisamment rémunérateur, ou même par des condamnés amendables auxquels on offrirait cette mesure comme moyen de régénération.

être soumis par nécessité de sécurité publique, et les conditions dans lesquelles il sera pourvu à leur subsistance avec obligation du travail à défaut de moyens d'existence dûment constatés. »

L'article 12 ajoute : « La relégation ne sera appliquée qu'à l'expiration de la dernière peine à subir par le condamné. Toutefois faculté est laissée au Gouvernement de devancer cette époque pour opérer le transfèrement du relégué. — Il pourra également lui faire subir tout ou partie de la dernière peine dans un pénitencier. — Ces pénitenciers pourront servir de dépôt pour les libérés qui seront maintenus jusqu'au plus prochain départ pour le lieu de relégation. »

Enfin l'art. 18 s'exprime ainsi : « Des règlements d'administration publique détermineront : les conditions dans lesquelles les relégués accompliront les obligations militaires auxquelles ils pourraient être soumis par les lois sur le recrutement de l'armée (1) ; — l'organisation des pénitenciers mentionnés à l'article 12 ; — les conditions dans lesquelles le condamné pourra être dispensé provisoirement ou définitivement de la relégation pour cause d'infirmité ou de maladie ; les mesures d'aide et d'assistance en faveur des relégués ou de leur famille ; les conditions auxquelles des concessions de terrains provisoires ou définitives pourront leur être accordées ; les avances à faire, s'il y a lieu, pour premier établissement, le mode de remboursement de ces avances ; l'étendue des droits de l'époux survivant, des héritiers ou des tiers intéressés sur les terrains concédés et les facilités qui pourraient être données à la famille des relégués pour les rejoindre ;

(1) Voir l'article 7 qui exprime la même idée.

— les conditions des engagements de travail à exiger des relégués ; — le régime ou la discipline des établissements ou chantiers où ceux qui n'auraient ni moyens d'existence ni engagements seront astreints au travail ; — et en général toutes les mesures nécessaires à assurer l'exécution de la présente loi. — Le premier règlement destiné à organiser l'application de la présente loi sera promulgué dans un délai de six mois au plus à dater de sa promulgation. » Et l'art. 21 a soin de préciser : « La présente loi sera exécutoire à partir de la promulgation du règlement d'administration publique mentionné au dernier paragraphe de l'art. 18. »

Ce règlement est du 26 novembre 1885 ; il est fort bien conçu et rachète certainement les imperfections de la loi ; il va même jusqu'à la violer formellement (1). A ce règlement il faut ajouter le décret du 20 août 1886, fixant l'île des Pins comme lieu de relégation collective ; celui du 24 mars 1887, qui y ajoute un territoire délimité de la Guyane ; un autre du 24 mars 1887, affectant au service de la relégation une section spéciale du corps militaire des surveillants des établissements pénitentiaires ; un décret du 11 juillet 1887 concernant la curatelle d'office des successions et biens vacants des individus condamnés à la relégation ; un décret du 11 novembre 1887 réglant les formalités à remplir pour le mariage des condamnés à la relégation transférés dans les colonies ; le décret du 25 novembre 1887 organisant la relégation individuelle ; le décret du 18 février 1888 portant organisation des groupes et détachements des relégués à titre collectif,

On voit à la lecture de ces articles tout ce que le lé-

(1) M. Bonneville à son cours

gislateur a laissé à l'arbitraire du pouvoir exécutif (1). Nous allons, pour examiner tous ces points, prendre le relégué après sa condamnation à la relégation devenue définitive et le suivre dans toutes les phases qu'il aura à parcourir. C'est, croyons-nous, le seul moyen de mettre quelque clarté dans une organisation assez compliquée.

Avant le départ. — En même temps que le tribunal prononce la peine de la dernière infraction, il doit prononcer la relégation. Le condamné commence donc par subir sa peine d'emprisonnement ou de réclusion dans une prison départementale ou dans une maison centrale (2) ; s'il avait été condamné aux travaux forcés, on l'enverrait de suite dans les colonies pour y subir cette peine.

Quand la peine de la dernière infraction aura été subie, le condamné tombe sous le coup de la relégation, et l'application rigoureuse des principes demanderait qu'à l'instant même il fût embarqué pour la colonie. Mais surgissent aussitôt des difficultés pratiques nombreuses. Il n'y a pas tous les jours des départs pour la Nouvelle-Calédonie ou la Guyane : et des raisons d'économie demandent également à ce que les relégués soient en assez grand nombre pour qu'on puisse armer un transport et ne pas être obligé à doubler ou tripler sans besoin le personnel des surveillants. Quel sera après l'expiration de sa peine le sort du condamné ? En droit pur, il aurait le droit de réclamer sa mise en liberté et ne devrait pas souffrir des retards que le gouvernement peut mettre

(1) Et pour la condamnation à la relégation on redoutait l'arbitraire du juge ! (M. Bonneville à son cours).

(2) Les relégables doivent être séparés des autres condamnés, art. 13 (décret du 26 novembre 1885.)

à son transfèrement. Mais lui accorder ce droit, c'est en réalité faciliter son évasion, et quand le moment de la transportation arriverait, on serait obligé de faire une véritable chasse à l'homme qui presque toujours n'aboutirait pas. De là l'autorisation donnée au pouvoir exécutif de s'assurer de la garde de la personne du relégué et de le conserver, soit dans la prison même où il a subi sa peine, soit dans des établissements pénitentiaires spéciaux servant de dépôt (a. 12 § 3 de la loi a; 18 du décret du 26 novembre 1885); le projet portait que ce surplus de détention ne pourrait excéder trois mois, mais on supprima ce délai dans la crainte que, si un départ n'avait pas lieu dans les trois mois de la libération, le condamné ne pût exiger sa mise en liberté; mais on constata qu'il y aurait pour le gouvernement une sorte d'obligation morale de ne pas dépasser ce délai (1).

M. de Marcère posa une question qui était de nature à préoccuper ceux qui redoutaient l'arbitraire administratif: qui fera sortir l'homme de prison pour le diriger sur les dépôts? Le préfet ou le ministère public? or en 1858 la loi de sûreté générale laissait ce soin à l'administration sans le contrôle de la justice; un homme sortait de prison sans qu'on sût sur quel ordre; or ici, si l'autorité administrative est chargée de l'exécution, c'est le ministère public qui est chargé de faire exécuter la sentence, qui contrôle le registre d'écrou, qui en est responsable; il faut qu'il soit associé à la mesure qui prescrit la sortie, qu'il vérifie si la loi est appliquée (2). Le rapporteur répondit que la procédure serait la

(1) Le Gouvernement a donc le droit arbitraire de conserver le libéré pendant plusieurs mois. (Discours de M. de Mun, Chambre, séance du 11 mai 1885).

(2) Sénat, séance du 10 février 1885.

même que pour le transfèrement des forçats au dépôt de St-Martin-de-Ré ; et le commissaire du gouvernement ajouta que le ministre de l'Intérieur, chargé de l'exécution de la peine, assure la garde du condamné, ordonne son transfèrement et se concerte avec le ministre de la Marine pour l'exécution à partir du départ, pendant que le ministre de la Justice conserve son rôle et veille à l'exécution stricte des jugements.

Telle est la marche régulière et normale. Mais la loi autorise et le règlement détermine des exceptions fondées sur les nécessités des transports et sur l'idée d'habituer les relégués par des travaux spéciaux à la vie nouvelle qui les attend et de rendre plus facile le classement à opérer entre eux. La première exception consiste dans la faculté pour le gouvernement d'avancer le départ avant l'exécution entière de la peine : c'est dans l'intérêt du condamné qui, si un départ précède de peu de jours, sa libération, serait obligé d'attendre peut-être longtemps un prochain départ ; on le considère comme achevant sa prison pendant le transport : ce qui constitue, il faut en convenir, un changement véritable dans la nature de la peine (a. 12, § 1 de la loi ; art. 22 du décret du 26 novembre 1885).

Disons un mot de ces pénitenciers spéciaux. Leur but est de préparer les relégables à la vie coloniale par des travaux en rapport avec les besoins qui résulteront de leur nouvelle situation. Le projet voulait qu'ils fussent exclusivement agricoles ; mais, sur l'observation que les colonies manquaient encore plus d'ouvriers que de cultivateurs, on retrancha ce mot (art. 15 du décret du 26 novembre). Cela facilite encore le triage à opérer suivant les besoins des colonies et les aptitudes ou les ressources de chacun. Exclusivement destinés aux relégables, ces établissements

étant destinés à en recevoir diverses catégories (1), on dut établir entre elles une différence de régime : 1° pour les relégables ayant subi leur peine la justice exigerait que, sauf l'internement, ils fussent libres ; néanmoins le règlement du 26 novembre, violant la loi, les astreint au travail et les assimile aux autres, sauf une différence dans le régime (art. 19) ; 2° les relégables en cours d'exécution de leur peine ne sont pas séparés par natures de peines (emprisonnement, réclusion), toutefois dans le régime on établit une différence ; mais les condamnés aux travaux forcés sont toujours mis à part (art. 17, règlement du 26 novembre) ; 3° les femmes sont dans des quartiers distincts soumises à des travaux en rapport avec leur sexe (art. 20).

A ces relégables la Chambre, sur la proposition de M. Ganne, avait ajouté une sorte de relégation volontaire que pouvaient solliciter les condamnés non récidivistes à l'emprisonnement ou à la réclusion ; ceux-ci formeraient une sorte de colonisation libre qui faciliterait le succès de la colonisation pénale. Le Sénat la supprima pour ne pas augmenter le nombre des relégables et les difficultés qu'on craignait de voir se produire (3^e Rapport de M. Gerville-Réache).

Pendant que les relégables subissent leur peine en France ou attendent le départ dans les dépôts, le règlement du 26 novembre 1885 qui organisait deux sortes de relégation, que nous étudierons, l'une collective, l'autre individuelle, ordonne que leur classement et leur répartition d'après les besoins des colonies et ressources des condamnés soient opérés par une

(1) Ils sont comme les autres pénitenciers sous l'autorité de l'administration pénitentiaire métropolitaine et relèvent du ministre de l'Intérieur, (art. 16 décret du 26 novembre).

commission spéciale composée, comme il est dit à l'article 7, qui statue après renseignements pris. Toutefois la relégation collective devant former en quelque sorte le droit commun, la relégation individuelle est demandée par le condamné ; la commission apprécie ses ressources et ses dispositions, après avoir pris l'avis des fonctionnaires et des médecins indiqués dans l'article 6 ; et le ministre de l'Intérieur statue définitivement (art. 6, § 3). Cette décision est transmise au ministre de la Marine, qui prend l'avis de son collègue de l'Intérieur et de la commission de classement, et désigne la colonie où sera relégué soit collectivement soit individuellement le condamné (art. 23). Ces deux décisions sont notifiées à l'intéressé. Puis les deux ministres précités s'entendent sur les opérations du transport.

Si au moment du départ, un condamné ne peut être transporté pour cause de maladie, le ministre de l'Intérieur peut surseoir à l'exécution ; le sursis ne peut dépasser un an ; il ne peut être renouvelé qu'après avis de la commission de classement ; et la dispense peut devenir définitive en suivant la même procédure que pour l'admission à la relégation individuelle (art. 11). C'est un pouvoir énorme accordé à l'administration ; mais cet arbitraire est nécessaire : le danger consiste dans l'existence possible d'une administration peu consciencieuse. Nous aurons l'occasion de rencontrer deux autres causes de dispenses : la grâce portant sur la relégation, et l'application à la relégation de la libération conditionnelle accordée pour la peine de la dernière infraction (loi du 14 août 1885).

Après le départ. — Le départ du navire fixe le moment où le relégable cesse d'être à la charge de l'ad-

ministration pénitentiaire métropolitaine, qui relève du ministre de l'Intérieur, pour être à celle de l'administration pénitentiaire coloniale qui relève du ministre de la Marine. On a critiqué cette division de l'administration pénitentiaire relevant ici d'un ministre, là d'un autre ministre, division qui nuit à l'unité, à l'esprit de suite, même à l'égalité de la peine, division qui est surtout peu heureuse, quand le même condamné doit être soumis successivement à deux administrations différentes (1).

Ces critiques sont justes. Quoiqu'il en soit, à partir du départ, tout ce qui concerne les relégables est soumis à la décision du ministre de la Marine. Avant d'examiner la situation faite aux relégués dans les colonies, disons un mot de la manière dont le classement s'opère pour les individus subissant leur peine (travaux forcés) dans la colonie : la commission de classement est nommée par le gouverneur ; on prend son avis, celui du gouverneur et du conseil de santé de la colonie, et le ministre de la Marine statue. A partir de ce moment, la situation des relégués sera soumise à des règles uniformes.

Dans les colonies. — Pour voir la situation exacte faite aux relégués, il faut étudier deux points : 1° situation personnelle des relégués ; 2° situation des biens du relégué.

1° *Situation personnelle des relégués.* — Le principe

(1) M. D'Haussonville. *Les établissements pénitentiaires en France et aux colonies*. Paris 1875. — Les dépôts, chambres de sûreté, prisons départementales, maisons centrales et de force, relèvent du Ministre de l'Intérieur ; les lieux de déportation, d'exécution, des travaux forcés et de la relégation, les prisons spéciales pour marins, du Ministre de la Marine ; les pénitenciers et les prisons militaires, du Ministre de la Guerre ; les établissements pénitentiaires d'Algérie, du Gouverneur de ce pays.

qui à maintes reprises avait été proclamé au cours de la discussion, était que le relégué arrivait libre à la colonie et y était soumis au droit commun, sauf les mesures d'ordre et de sécurité; et M. Gerville-Réache, rapporteur à la Chambre (1), allait jusqu'à dire qu'on organiserait bien des établissements de travail pour ceux qui n'en trouveraient pas; mais que « s'ils ne veulent pas travailler, ils vivront comme ils pourront, et s'ils délinquent, ils subiront la loi pénale ordinaire. » On les assimilait aux forçats libérés, obligés à la résidence; on voulait même pousser l'assimilation jusqu'à faire bénéficier ces derniers des articles 13 à 17 de la loi sur les autorisations temporaires de quitter la colonie, la possibilité de faire relever de la résidence forcée par les tribunaux et les pénalités en cas d'évasion. Toutefois cette extension de la loi fut repoussée pour qu'on ne put assimiler des gens d'une culpabilité différente (Sénat, séance du 12 février 1885, *off.* du 13; déb. parl. p. 118). M. Thomson au nom de la commission de la Chambre déclarait la même chose que le rapporteur : le droit commun, l'application du statut colonial, la soumission aux juridictions ordinaires, l'engagement libre dans les établissements de l'Etat qui ne peuvent par conséquent être considérés comme des bagnes (2). Au Sénat on fit observer que l'envoi dans une colonie d'un relégué, qui ne trouverait pas de travail et n'aurait pas de ressources, ne serait autre chose que la liberté de mourir de faim; d'autre part les colonies avaient protesté surtout parce qu'elles craignaient le voisinage de gens qui voudraient continuer là-bas leur vie de vagabondage, de paresse et de vol; et pour rassurer les colonies, le Sénat, trouvant

(1) Séance du 1^{er} mai 1883, (*Offic.* du 2.)

(2) Chambre, séance du 28 juin 1883, (*Offic.* du 29, p. 1477).

les mesures de police peu significatives à cet égard, fit inscrire dans la loi le principe non plus de l'obligation pour l'Etat de fournir du travail aux relégués sans ressources, comme le voulait la Chambre, mais de l'obligation pour ceux-ci de travailler pour le compte de l'Etat qui les nourrirait. Ces relégués seront alors dans la condition d'ouvriers libres engagés au service de l'Etat dans les manufactures ou les arsenaux, soumis aux règlements intérieurs souvent fort sévères des ateliers ou chantiers; mais il restait entendu que la liberté resterait le droit commun, et que le relégué qui justifierait d'un engagement chez des particuliers, pourvu qu'il fut sérieux, aurait droit à la relégation individuelle, tandis que les relégués collectivement, tout en étant tenus au travail, ne seraient cependant pas soumis au régime des travaux forcés. On objecta en vain que les pouvoirs ainsi accordés au Gouvernement pouvaient faire changer complètement la nature de la relégation, qui pouvait ainsi aller jusqu'à une véritable détention de jour et de nuit, devenir un véritable bagne colonial; on s'éleva en vain contre cet arbitraire de l'administration qui pouvait à son gré accorder à l'un la relégation individuelle, obliger l'autre à relégation collective, et constituer sans contrôle des inégalités de traitement. On n'en laissa pas moins le règlement de toutes ces questions au pouvoir exécutif et les décisions touchant le condamné au Ministre.

En vertu de ces pouvoirs étendus conférés par la loi, le décret du 26 novembre 1885 organisa deux sortes de relégations, l'une individuelle, l'autre collective. L'admission à la relégation individuelle, la plus favorable, est prononcée, soit avant le départ par le ministre de l'Intérieur, soit après par le ministre de la Marine.

RELÉGATION COLLECTIVE.— Elle est subie d'abord dans des pénitenciers servant de dépôts où on les prépare aux travaux de la colonie (art. 31 du décret du 26 novembre 1885); puis, s'ils n'obtiennent pas le bénéfice de la relégation individuelle, ils sont envoyés dans des établissements, chantiers ou ateliers, à l'île des Pins ou à la Guyane, dans lesquels les relégués restent de jour et de nuit soumis au travail et à un régime disciplinaire spécial; ces établissements peuvent être privés, désignés par le Gouverneur sous certaines conditions (a. 3, 32, 33 du décret du 26 novembre 1885); ils touchent tout leur salaire, sauf une retenue pour les frais d'entretien, retenue qui ne peut excéder le tiers (art. 35); enfin ils sont soumis pour les crimes et délits à une juridiction spéciale (art. 3, § 2), ce qui constitue la violation la plus formelle de la loi. Quels sont ceux qui sont astreints à ce régime? La majorité : la relégation individuelle étant l'exception, il nous sera plus facile de déterminer les cas de relégation individuelle.

RELÉGATION INDIVIDUELLE. — Y sont admis, suivant le bon plaisir du ministre de l'Intérieur ou du ministre de la Marine, ceux qui justifient de ressources suffisantes ou d'engagements chez les colons, ou sont aptes à recevoir des concessions de terres, et qui de plus ont une bonne conduite que le ministre apprécie. Observons en passant que la loi dans son esprit n'exigeait pas cette dernière condition que le décret du 26 novembre 1885 a ajoutée (art. 2, § 2); sous la réserve bien entendu du cas de crime ou de délit, le législateur n'exigeait que la justification de ressources personnelles ou d'une profession ou d'un engagement.

Avant d'examiner la situation des relégués collec-

tivement, disons d'abord que la relégation collective n'est pas nécessairement définitive, et que, sous la condition de justifier de ressources suffisantes ou d'un engagement ou d'une profession, le relégué collectif peut demander à passer dans la catégorie des relégués individuellement : le ministre de la Marine statue (art. 8, 9, 36, décret du 26 novembre 1885) ; le gouverneur de la colonie peut même admettre provisoirement sa demande sous réserve de l'approbation du ministre (art. 2, décret du 25 novembre 1887). Au cas de rejet une nouvelle demande ne peut être formée avant six mois (art. 1, décret du 25 novembre 1887). La décision, favorable ou défavorable, est notifiée à l'intéressé (article 3, décret du 25 nov. 1887).

La relégation individuelle peut se subir dans toutes les colonies ; c'est le ministre qui la fixe et peut la changer (art. 11 du décret du 25 novembre 1887). Au moment de son arrivée dans la colonie ou de sa sortie du lieu de relégation collective, le relégué reçoit un livret contenant son état civil, son signalement, sa situation judiciaire, les textes législatifs, relatifs à la relégation et toutes indications qui nécessitent les circonstances ; ce livret doit être représenté à toute réquisition des autorités et visé deux fois par an ; les changements de résidence y sont inscrits et notifiés aux fonctionnaires intéressés ; on peut même lui interdire certaines résidences. Le gouverneur peut le dispenser de certaines de ces formalités ; et au cas d'infractions, le relégué encourt la réprimande inscrite au livret ou peut se voir retirer par le ministre son bénéfice et être réintégrée dans la catégorie des relégués collectivement (art. 4, 5, 6, 7, 8, décret du 25 novembre 1887).

A part ces formalités, le relégué individuel est libre

dans la colonie, soumis au droit commun et aux juridictions ordinaires (art. 2, décret du 26 novembre 1885). S'il vient à manquer de travail, il peut, sans perdre son droit à la relégation individuelle, être employé temporairement dans les chantiers de l'Etat jusqu'à ce qu'il trouve un nouveau moyen de travail (art. 34, décret du 26 novembre 1885).

Les femmes sont soumises à un régime à peu près semblable, sauf les différences que leur sexe nécessite, et leur condition est réglée par les art. 28 à 30 du décret du 26 novembre 1885.

Enfin le bénéfice de la relégation individuelle peut être retiré par le ministre dans les cas déterminés à l'art. 10 du décret du 26 novembre 1885 : condamnation pour crime ou délit, inconduite notoire, violation des mesures d'ordre et de surveillance, rupture non justifiée d'un engagement, abandon d'une concession. On retrouve encore ici cet arbitraire administratif que l'on semble tant redouter pour les tribunaux.

Mesures communes aux deux espèces de relégation.

— Une première a été introduite sur la proposition de M. le général Robert, sénateur. Elle concerne le service militaire des relégués. M. le général Robert fit observer que l'art. 7 de la loi du 27 juillet 1872 n'excluait de l'armée que les condamnés à une peine afflictive ou infamante, ou à 2 ans de prison et plus avec surveillance de la haute police et interdiction des droits de l'art. 42 du Code pénal ; ce qui n'exclut pas du service militaire le plus grand nombre de relégables. Si à cette observation on ajoute que les malfaiteurs d'habitude sont, comme les statistiques le démontrent, presque tous des jeunes gens, on peut évaluer à un chiffre élevé le nombre des relégables non dispensés du service militaire et ayant moins de 40 ans. On ne peut

les exclure; ce serait faire une prime aux malfaiteurs et se priver de soldats d'une réelle valeur. Or les individus ayant des condamnations qui ne les excluent pas de l'armée ou les soldats condamnés par les Conseils de guerre sont envoyés aux bataillons d'infanterie légère d'Afrique (Zéphyrs) sous une discipline sévère; et les résultats ont été très satisfaisants. Ainsi devait-on utiliser les relégables. Le principe de cette proposition fut adopté sauf règlement postérieur, et on eut l'article 7 de la loi. Le général Robert voulait même imposer à ces gens un service actif de cinq ou six ans; ce qui fut repoussé sous ce prétexte que le rengagement ne peut être qu'une récompense de la bonne conduite. Terminons en faisant observer que le nouveau projet de loi sur le recrutement (art. 10) veut même ne plus dispenser les forçats, comme le faisait l'article 7 de la loi de 1872. Le règlement que prévoyait l'article 7 de notre loi de 1885 n'a pas encore été promulgué.

L'article 17 de la loi donne au Gouvernement le pouvoir de rendre à ceux qui auraient été privés de leurs droits civils par l'effet de condamnations l'exercice de ces mêmes droits dans la colonie. Cet article ne peut viser que les relégués qu'une condamnation correctionnelle a privés des *droits civils* contenus dans l'énumération de l'article 42 du Code pénal ou les réclusionnaires qui encourent la dégradation civique. Quant aux autres droits, ils appartiennent et n'ont pas cessé d'appartenir aux relégués : ainsi ils ne sont pas en état d'interdiction légale; pour les forçats relégués la levée totale ou partielle des incapacités dans la colonie était déjà possible en vertu de l'article 12 de la loi du 30 mai 1854. La puissance maritale ou paternelle n'était pas rompue par l'effet de la

condamnation ; le relégué, quelque peine qu'il ait encourue, a toujours le droit d'obliger sa femme et ses enfants à venir le rejoindre ; alors une question délicate est celle de savoir comment le règlement pourra concilier l'état de relégation collective, à supposer que la relégation individuelle soit refusée, avec ce droit du relégué d'avoir près de lui sa femme et ses enfants. L'administration, si elle ne veut pas violer formellement ce droit, est donc dans la nécessité d'accorder malgré elle la relégation individuelle.

Dans le but de faciliter l'amendement par la reconstitution de la famille ou même par la constitution d'une famille nouvelle, l'article 18 de la loi renvoyait à un règlement le soin de déterminer les mesures d'aide et d'assistance en faveur des relégués ou de leur famille, les moyens de favoriser le transport de la femme et des enfants ; ce règlement n'a pas encore paru, mais l'administration peut y suppléer par les crédits dont elle dispose pour l'émigration libre. De plus dans la colonie on favorise les mariages, en dispensant les relégués des formalités relatives aux actes respectueux (art. 151 à 153 du Code civil) et en déclarant suffisantes les publications faites dans la colonie, alors même que le domicile n'est pas établi par un séjour de six mois (1) (décret du 11 novembre 1887) ; cette abrogation d'une loi par un décret est autorisée pour les colonies par le sénatus-consulte du 3 mai 1854 (art. 18) : c'est une conséquence de cette coutume législative fâcheuse qui veut que la législation coloniale résulte de simples décrets, sauf disposition contraire du législateur.

(1) Les mêmes dispenses étaient déjà accordées aux condamnés libérés par le décret du 24 mars 1866.

Enfin on avait voulu encore encourager la constitution des familles, que le manque de femmes avait rendue jusqu'alors presque impossible, en mettant dans le projet un article 21 qui, modifiant l'article 4 de la loi du 30 mai 1854, obligeait le Gouvernement à faire subir aux femmes la peine des travaux forcés dans les colonies, au lieu de la faculté que lui laissait cette loi. Cet article fut repoussé sur cette observation, qu'on ne pouvait en s'occupant d'une peine accessoire modifier les principes d'une loi qui réglait une peine principale (ce qui indique un excès de scrupule), et pour cet autre motif que la faculté laissée au Gouvernement avait sa raison d'être pour les hypothèses où, une femme ayant des enfants en France, il serait cruel de l'expatrier (Chambre, séance du 8 mai 1883. *Off.* du 9); enfin, l'élément féminin se rencontrera, puisque la loi ne distingue pas pour la relégation entre les hommes et les femmes.

2° *Situation des biens des relégués.* — La relégation se subissant après l'expiration de la peine de la dernière infraction, il n'y a pas de distinction à faire entre les forçats, les réclusionnaires et les condamnés correctionnellement; l'interdiction légale, qui accompagne les peines des travaux forcés et de la réclusion, cesse avec elles. Pour régler la condition des biens, il faut observer que le relégué peut en avoir de trois catégories.

A. Les biens qu'il possède en France seront régis par le droit commun; le relégué en aura l'administration et la jouissance; l'éloignement n'apportera à leur règlement d'autre modification que celle qui s'impose à tout individu partant pour un pays éloigné; presque toujours le relégué sera obligé d'agir par mandataire. Il conserve également l'administration

légale¹ des biens de ses enfants et leur tutelle, si toutefois la dernière condamnation ne les lui a pas enlevées ; de même les droits qu'il possède en qualité de mari quant à l'administration ou à la jouissance de la dot ou de la communauté, il les conserve. Il peut disposer ou recevoir à titre gratuit ou onéreux (1).

B. Les biens que le relégué pourra acquérir dans la colonie par son travail seront également soumis au droit commun quant à leur administration, à leur jouissance, à leur dévolution.

C. Enfin, le relégué peut, comme la loi de 1885 et le décret du 26 novembre 1885 l'indiquent, recevoir des concessions de terrains, dont un règlement qui est encore à faire déterminera les conditions. A ceux qui voulaient avec raison, croyons-nous, que les conditions de ces concessions, leur propriété et leur transmission fussent réglées par la loi, on répondit que, ces concessions étant des faveurs faites par le Gouvernement, celui-ci était maître d'y mettre les conditions qu'il jugerait bon et même d'en régler la transmission. Le législateur aurait peut-être pu laisser à l'administration le soin de déterminer les conditions auxquelles la propriété des concessions deviendrait définitive ; mais il nous semble qu'à partir de ce moment les concessions, devenant la propriété du relégué, auraient dû, quant à l'administration, à la jouissance et aux droits de transmission ou de disposition, être régies par le droit commun. La loi ne l'a pas voulu, et le règlement doit déterminer tous ces points. Quant à la dévolution de ces concessions, l'esprit de la loi a été

(1) Le décret du 11 juillet 1887 applique à la curatelle d'office des successions et biens vacants des relégués les dispositions du décret du 4 septembre 1879 pour les déportés et transportés en cours de peine.

qu'une succession spéciale fut créée en faveur de l'époux survivant, dans le but d'encourager les conjoints des relégués à les rejoindre dans la colonie. — Il est probable que le règlement à intervenir copiera à peu près pour le régime de ces concessions les articles 9 à 13 de la loi du 25 mars 1873 concernant les déportés : pour ceux-ci la concession est provisoire pendant cinq ans, pendant lesquels elle peut être retirée pour abandon, mauvaise conduite ou évasion ; si elle est retirée, elle peut être continuée à l'époux ou aux enfants ; après cinq ans elle est définitive ; et après la mort du concessionnaire la transmission s'opère d'après le droit commun, sauf une exception pour le conjoint qui retient moitié de la concession et des biens acquis dans la colonie, s'il n'y a pas d'enfants, et un tiers en usufruit, s'il y en a.

ARTICLE IV

Conditions de la relégation

Le projet d'article 1 de la loi portait que la relégation visait en général les *récidivistes et malfaiteurs d'habitude des deux sexes*. Ces mots furent retranchés la désignation des *deux sexes* fut jugée inutile ; et l'expression de *récidivistes et malfaiteurs d'habitude*, assez vague, mais que précisaient les articles suivants disparut également. Mais ces expressions visaient dans l'esprit du législateur des catégories autres que les récidivistes des articles 56 à 58 du Code pénal et même que les simples repris de justice. L'article 4,

qui fixe les cas de relégation, spécifie quels individus la loi veut atteindre.

Mais avant d'entrer dans le détail des cas de relégation et des conditions auxquelles elle est applicable, étudions d'abord les hypothèses qui ont été de suite éliminées par le législateur et que la loi nouvelle défend de compter pour la relégation.

I. — Exclusion des condamnations pour crimes ou délits politiques.

L'article 3 est ainsi conçu : « Les condamnations pour crimes ou délits politiques ou pour crimes ou délits qui leur sont connexes ne seront en aucun cas comptées pour la relégation. »

Cet article indique bien nettement que, contrairement à certaines insinuations peu nombreuses, il est vrai, la loi nouvelle n'a aucun caractère politique, qu'elle n'est pas une loi de suspects destinée à donner au Gouvernement des armes contre des adversaires politiques. Elle ne vise que les malfaiteurs de droit commun. Le projet primitif portait seulement ces mots « *pour crimes ou délits politiques* », quand M. Gatineau présenta un amendement qui ajoutait « *ou pour faits connexes, quelle qu'en soit la qualification* (1) », parce qu'il est parfois difficile d'établir une distinction, que souvent des faits offrent un caractère douteux comme sous la Commune de 1871, que tous ont des éléments de droit commun (2), et qu'on peut, comme cela s'est fait à cette époque, ne relever que

(1) Chambre, séance du 7 mai 1883, (*Offic.* du 8).

(2) Autre exemple : les fauteurs des troubles de Montceau-les-Mines ont été traduits devant la Cour d'assises sous l'inculpation de tentative d'assassinat.

des faits de droit commun : ce qui est particulièrement dangereux. La commission et le Gouvernement repoussèrent l'amendement comme trop général et pouvant augmenter la difficulté déjà grande de la distinction entre des faits politiques et des faits de droit commun ; il pouvait, à l'abri de troubles politiques, permettre à des malfaiteurs de commettre des infractions de droit commun (quelle qu'en soit la qualification) sans encourir la relégation. Toutefois, pour bien préciser la pensée des rédacteurs de ne pas faire une loi politique, on ajoutait les mots « *ou pour crimes ou délits qui leur sont connexes* » qui furent adoptés.

On connaît déjà la difficulté qu'il y a à distinguer des crimes ou délits politiques les crimes ou délits de droit commun. Ce n'est pas le moment d'entrer dans ces détails qui sortent de notre cadre ; il faut cependant reconnaître qu'il y a des faits évidemment politiques. Mais voilà que la loi nouvelle voulant préciser a ajouté une nouvelle difficulté. Au Sénat, M. de Gavardie demanda quelle était la pensée des rédacteurs en ajoutant les mots « *crimes ou délits connexes* ». Veulent-ils dire *indivisibles*, comme le meurtre commis dans l'attaque d'un palais ? Veulent-ils avoir le sens légal de l'article 227 du Code d'instruction criminelle (1) ? ex. : le meurtre des otages pendant la Commune (Sénat, séance du 9 février 1885). Constatons avec regret qu'il ne fut rien répondu à cette ques-

(1) Art. 227. C. inst. crim. : « Les délits sont connexes, soit lorsqu'ils ont été commis en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'ils ont été commis par différentes personnes, en même temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les uns pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité. »

tion et qu'on passa outre au vote de l'article 3. La difficulté reste donc entière.

Un auteur (1) se contente de prendre le mot *connexe* dans le sens de l'article 227 du Code d'instruction criminelle. — L'éminent professeur de Droit pénal à la Faculté de Dijon, M. Bonneville (cours de 1886), après avoir avec raison critiqué cette rédaction inexacte, propose la solution suivante : Il n'est pas vrai, dit-il, qu'un délit ou un crime connexe à un crime politique soit lui-même un délit ou un crime politique ; il y a deux infractions pour lesquelles on applique le principe du non-cumul des peines ; on applique la peine la plus forte ; la connexité ne changeant pas le caractère de l'acte, si la peine la plus forte est celle afférente au délit ou au crime de droit commun, la condamnation comptera pour la relégation, et ne comptera pas dans le cas contraire. Cette argumentation est parfaitement juste ; et en la combinant avec la distinction que fait M. Garraud (2) entre les crimes de droit commun qui, si on était en état de guerre, seraient légitimés et qui alors prennent le caractère politique, et les crimes que ne légitimerait pas l'état de guerre, on arrive à une solution parfaitement équitable. Cependant les principes qui devraient régler cette difficulté ne sont pas ceux qui ont cours en matière d'extradition : on sait qu'il n'y a pas extradition pour délits politiques ; la tendance est de ne pas tenir compte de cette distinction que ne semble pas faire davantage notre article 3. Les gouvernements étrangers ont refusé l'extradition des insurgés de la Commune de 1871, alors même que la circulaire de M. Jules Favre, ministre des affaires

(1) M. Jambois, substitut au Tribunal de la Seine. *Code pratique de la relégation*, 1886.

(2) *Précis de droit criminel*. 2^e édit., p. 99.

étrangères, aux agents diplomatiques de France à l'étranger, précisait bien le caractère de droit commun de certains faits commis par les insurgés (*Officiel* du 27 mai 1871). — Si on attribue à notre loi la même portée qu'en matière d'extradition, on sera logique mais on s'exposera à laisser échapper à la relégation des hommes qui auront eu la précaution de commettre tous les méfaits pendant des troubles politiques auxquels ils feindront d'être mêlés ; si on revient à la distinction sage que nous exposions tout à l'heure, on se met en contradiction avec la pratique de l'extradition et on force quelque peu le texte de notre article 3. Qui tranchera la difficulté ? Le juge : et on redoutait l'arbitraire du juge pour apprécier l'incorrigibilité d'un recidiviste !

II. — Faculté laissée aux tribunaux de compter les condamnations pour infractions de droit commun prononcées par les tribunaux militaires, en dehors de l'état de siège ou de guerre (Art. 2, § 2).

Nouveau pouvoir arbitraire laissé au juge ; nous ne le blâmons pas, mais il est bon de constater combien les rédacteurs de la loi de 1885 ont été peu logiques. L'article 2 commence par enlever à toutes juridictions pénales, spéciales ou exceptionnelles, le droit de prononcer la relégation. En dehors des tribunaux exceptionnels dont la création pourrait être le résultat d'une révolution, le texte vise spécialement les tribunaux militaires ou maritimes. M. le général Robert (1) qui voulait faire accorder aux tribunaux militaires, sous la réserve de l'exclusion de ceux qui fonctionnent en temps de guerre ou de siège et appelés *conseil de guerre aux armées*, fit valoir, qu'ils sont en réalité

(1) Sénat, séance du 9 février 1885, (*Offic.* du 10, déb. parlam., p. 77).

les juges ordinaires des délits des militaires, qu'ils offrent toutes les garanties d'une bonne justice (1), qu'il n'y a rien d'étonnant à ce qu'ils puissent prononcer la relégation, puisque pour certains délits de droit commun ils appliquent le Code pénal ordinaire, que du reste ils n'appliqueraient la relégation qu'à des délits de droit commun; qu'autrement c'était faire preuve d'une défiance imméritée et permettre aux militaires de délinquer sans encourir la relégation. — M. Herbette, commissaire du Gouvernement, repoussa cette demande, sous prétexte qu'on ne peut assimiler des tribunaux qui offrent des garanties de nature différente et que la plupart des malfaiteurs ont subi des condamnations qui leur interdisent le service militaire; et M. de Verninac rapporteur, tout en adoptant les mêmes conclusions que M. Herbette, fit cependant ajouter la seconde phrase de l'article 2 qui autorise les Cours et les tribunaux ordinaires à tenir compte des condamnations des conseils de guerre pour délits de droit commun, en dehors de l'état de siège ou de guerre, et pour justifier cette exception il invoqua précisément les motifs qui avaient inspiré l'amendement de M. le général Robert: la crainte de laisser les militaires délinquer sans encourir la relégation, ce fait que les tribunaux militaires sont juges ordinaires d'une certaine catégorie de citoyens et qu'on ne doit pas les soupçonner de mauvaise justice; toutefois, à raison de la sévérité nécessaire de leurs décisions, tenant à ce que dans certains cas ils ne peuvent pas admettre de circonstances atténuantes, on n'oblige pas les tribunaux ordinaires à en tenir compte. Cette sorte

(1) Pour condamner un accusé, il faut dans un conseil de guerre 5 voix au moins sur 7 pour la culpabilité (art. 133 du Code de just. milit. pour l'armée de terre, loi du 9 juin 1857).

de compromis aboutit en réalité dans certains cas à une véritable inégalité ; suivant que la dernière des condamnations exigées par la loi de 1885, parmi lesquelles l'une est militaire, sera prononcée par un conseil de guerre ou un tribunal ordinaire, le coupable pourra ou ne pourra pas être relégué ; il en sera de même, suivant que le militaire coupable aura ou non des complices civils et pour ce motif passera ou non devant un tribunal ordinaire.

Mais que faut-il entendre par condamnations pour crimes ou délits de droit commun prononcées par des conseils de guerre ? Nous avons déjà examiné cette question sur l'article 56, dernier alinéa, du Code pénal. Nous résumons ici la solution déjà donnée : ces condamnations, dont les tribunaux pourront tenir compte, sont celles qui ont été prononcées par les conseils de guerre pour faits spécifiés à l'article 4 de notre loi, soit qu'ils soient punis par le Code pénal ordinaire, soit qu'étant prévus par le Code pénal et par le Code de justice militaire, ils soient punis de peines différentes, mais non si ce sont des délits prenant un caractère spécialement militaire, comme le vol d'effets militaires (1). — On a cependant critiqué cette solution pour le cas d'une infraction prévue par les deux Codes mais punie différemment, parce que ce ne serait pas véritablement une infraction de droit commun, en vertu de l'article 5 du Code pénal ; un crime prévu et puni spécialement par le Code de justice militaire reste militaire, quand même il y aurait dans le Code pénal un crime analogue puni différemment. Nous ne pouvons croire qu'on puisse interpréter différemment le dernier paragraphe de l'ar-

(1) Ainsi l'entend pour l'article 56 un arrêt de la Cour d'Alger du 5 juillet 1877. (Sir. 1878, 2, 20).

article 56 du Code pénal et l'article 2 de la loi du 27 mai 1885, les motifs qui ont fait adopter ces deux dispositions étant absolument les mêmes ; concevrait-on cette faculté laissée par l'article 2 aux tribunaux ordinaires, si cet article ne visait que des condamnations pour délits de droit commun prononcées en vertu du Code pénal par des conseils de guerre ? L'arbitraire qui leur est laissé a précisément pour but de corriger la rigueur qu'il pourrait y avoir à compter pour la relégation des condamnations pour infractions de droit commun que le Code de justice militaire punirait plus sévèrement que le Code pénal.

A la disposition de l'article 2 qui enlève aux tribunaux militaires le droit de prononcer la relégation, l'article 20 semble apporter une exception qui n'est qu'apparente. L'article 20 déclarant la loi nouvelle applicable à l'Algérie et aux colonies, les conseils de guerre étant les juges de droit commun des indigènes des territoires dits *de commandement*, il fallait leur accorder le droit de prononcer la relégation, sous peine de faire un privilège en faveur de ces indigènes. C'est ce qu'a fait le deuxième paragraphe de l'article 20 (1).

III. — Cas de relégation.

L'incorrigibilité, qui entraîne cette mesure, résulte d'une présomption de la loi, présomption n'admettant pas la preuve contraire. La récidive nouvelle que

(1) Le projet voté par la Chambre faisait encore exception pour les *commissions disciplinaires*. Cela fut repoussé au Sénat, parce que ces commissions jugent des délits de droit commun par suite d'une pratique illégale et que leurs décisions ne sont exécutoires qu'après approbation du Gouverneur.

réprime la loi de 1885 n'est pas celle du Code pénal ; elle se caractérise par un réel progrès sur la législation antérieure : ainsi elle exige des condamnations à des peines d'une certaine nature et d'une durée fixée pour des infractions déterminées commises dans un certain laps de temps. Sauf le premier cas et le second cas en partie, c'est une sorte de récidive spéciale. Les infractions visées sont surtout celles qui indiquent une réelle perversité et ne résultent ni de l'imprudence ni d'une violente passion, comme les délits de chasse, d'élections, d'adultère.

L'article 4 détermine la nature et le nombre des condamnations qui donnent lieu à cette présomption d'incorrigibilité et qui obligent le juge à prononcer la relégation ; les hypothèses sont au nombre de quatre.

PREMIER CAS DE RELÉGATION.

Art. 4. — 1° « Deux condamnations aux travaux forcés ou à la réclusion, sans qu'il soit dérogé aux dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 6 de la loi du 30 mai 1854. »

Cela comprend les gens condamnés pour crimes à des peines criminelles. Ici le législateur de 1885 est revenu au système de la récidive générale du Code pénal ; il ne se préoccupe pas de la nature des crimes et de leur analogie qui constitue réellement l'habitude vicieuse. Bien souvent le crime est commis sous l'influence d'une violente passion, et si les deux crimes de ce 1^{er} de l'article 4 ont une nature toute différente, comme un vol qualifié (art. 386, C. pén.) et un faux-témoignage en matière criminelle (art. 361), punis tous deux de la réclusion, peut-on raisonnablement dire qu'on est en présence d'un homme incorrigible et dangereux ? Ce texte, combiné avec l'article 10 de la

loi, vient corroborer ce que nous avons dit dans notre première partie au cas de concours de la récidive et des autres circonstances qui accompagnent l'infraction ; la relégation est prononcée en même temps que la peine de la dernière infraction : ce qui prouve clairement que cette mesure s'ajoute après que tous les éléments du dernier fait ont été pris en considération et ont déterminé la peine ; ce n'est pas une comparaison que nous voulons faire, comparaison qui n'est pas possible, mais un rapprochement qui nous montre que la pensée du législateur de 1885 correspondait bien à celle du législateur de 1863.

Quant à la réserve de l'application de la loi de 1854, ajoutée au projet sur la proposition de M. Labus-sière(1), elle a la portée suivante : l'individu condamné une deuxième fois pour crime aux travaux forcés est d'abord soumis entièrement à la loi de 1854 quant à la résidence forcée ; il n'est rien dérogé aux prescriptions de cette loi le concernant. L'intérêt peut être celui-ci : un individu qui, à l'expiration de sa peine des travaux forcés, aurait plus de soixante ans, ne sera pas condamné à la relégation (art. 6, loi de 1885) ; mais comme il n'est rien dérogé à la loi de 1854, il restera soumis, en vertu de l'article 6 de cette dernière loi, à la résidence forcée soit pendant un temps égal à la durée de sa peine, s'il a eu moins de huit ans, soit à perpétuité.

DEUXIÈME CAS DE RELÉGATION

Art. 4. — 2° : « Une des condamnations énoncées au paragraphe précédent (travaux forcés ou réclusion) et deux condamnations soit à l'emprisonnement pour

(1) Chambre, séance du 22 juin 1883.

faits qualifiés crimes, soit à plus de trois mois d'emprisonnement pour :

Vol ;

Escroquerie ;

Abus de confiance ;

Outrage public à la pudeur ;

Excitation habituelle de mineurs à la débauche ;

Vagabondage et mendicité par application des articles 277 et 279 du Code pénal ».

Le projet voté par la Chambre ne comprenait pas dans les délits rentrant dans ce cas de relégation le vagabondage des articles 277 et 279 du Code pénal, et n'exigeait que trois mois de prison comme minimum pour les délits ci-dessus spécifiés ; mais dans le but de protéger les campagnes il avait ajouté à l'énumération la destruction ou dégradation d'arbres ou de récoltes dans les cas prévus par les articles 444, 445, 446, 447 et 449 du Code pénal. Le Sénat retrancha ce dernier délit qui, peu grave en lui-même, n'est pas en réalité un délit d'habitude(1), mais ajouta le vagabondage qualifié des articles 277 et 279 du Code pénal ; enfin il exigea que les condamnations pour délits spécifiés fussent à plus de trois mois, parce qu'il est rare qu'une infraction grave ne soit pas punie de plus de trois mois de prison, et parce que cela forcerait le juge à songer aux effets possibles de sa condamnation en ce qui touche la relégation.

La condamnation à l'emprisonnement pour faits qualifiés crimes doit-elle être à plus de trois mois ? Oui, disent certains auteurs ; car c'est l'esprit général de la loi de ne tenir compte de l'emprisonnement que quand il a une certaine durée. Nous ne pouvons ac-

(1) En 1882 ils n'entrent que pour le chiffre de 449 dans le total des délits.

cepter cette solution ; le texte nous paraît trop formel ; il y a une antithèse frappante entre ces expressions « *soit à l'emprisonnement pour faits qualifiés crimes* » et « *soit à plus de trois mois d'emprisonnement pour... etc.* » L'intérêt à faire cette observation existe-t-il ? Il semble que non, à en croire M. Labus-sière, puisque, disait-il, les condamnations prononcées par les Cours d'assises ne peuvent être inférieures à un an (a. 463 C. pén.) (1).

L'intérêt existe ; pour ceux qui admettent avec nous que l'excuse légale (minorité ou provocation) ne change pas la nature de l'infraction mais seulement celle de la peine, il pourra arriver théoriquement tout au moins, que l'accusé, qui bénéficie de l'excuse et en outre d'une déclaration de circonstances atténuantes, soit condamné à moins de trois mois d'emprisonnement, même à moins de six jours (art. 463, dernier alinéa, combiné avec les articles 67 et 326, C. pén.). Cette solution qui s'impose est regrettable : car un crime qui n'est puni que de moins de trois mois de prison ne peut certainement pas constituer un de ces faits qui rendent un homme dangereux et nécessitent la mesure de la relégation. A ce reproche nous en ajouterons un autre déjà formulé, c'est de ne pas exiger quelque analogie entre les crimes punis correctionnellement.

Quant aux délits dont l'énumération est donnée dans le 2° de l'article 4, ce sont ceux dont la réitération constituait le danger que la loi de 1885 avait spécialement pour but de réprimer ; ce sont ces véritables délits professionnels dont le nombre s'accroissait de jour en jour pour atteindre en 1882 le

(1) Chambre, séance du 25 juin 1883, (*Offic.* du 26, p. 1437).

chiffre de 56,456 sur un total de 153,655 jugés dans le cours de cette année (1), dans lequel chiffre ne sont pas comprises les condamnations pour vagabondage.

Mais que comprennent au juste ces dénominations? Pour préciser le sens du mot *vol*, M. Gomot avait demandé qu'on y ajoutât « *les soustractions commises par les dépositaires publics dans le cas prévu et puni par l'article 171 du Code pénal* (2) » ; l'amendement fut repoussé par ce motif que les soustractions commises par des dépositaires publics sont le plus souvent des crimes (art. 169, 170) qui tombent sous l'application du 1^o ou même du 2^o de l'art. 4; que le cas de l'article 171, où elles ne sont qu'un délit, était trop rare pour que la loi dut le prévoir. Cette réponse laissait la question non résolue : pour nous ce cas rentre dans l'expression de *vol*, d'autant plus que la peine est plus grave (de 2 à 5 ans de prison) que celle du vol (art. 401 : de 1 à 5 ans de prison); et qu'il n'y a pas lieu d'établir une différence entre le cas des articles 169 et 170, si la peine devient correctionnelle à la suite de circonstances atténuantes, et celui de l'art. 171, la gravité, dont le taux de la peine est la conséquence, devenant alors la même. — MM de Gavardie et Béranger demandèrent si le mot *vol* comprenait le *vol de récoltes* (3); et M. de Gavardie voulait même qu'il fut exclu du nombre des condamnations entraînant la relégation par ce motif que ceux qui volent dans les champs sont plutôt des malheureux qu'il serait injuste d'assimiler à

(1) *Compte général de la justice criminelle*, 1882, p. 82 et suivantes.

(2) Chambre, séance du 7 mai 1883, (*Offic.* du 8).

(3) Sénat, séance du 10 février 1885, (*Offic.* du 11).

des malfaiteurs de profession. Il ne fut pas répondu bien franchement à la question. M. Ninard, membre de la commission, répondit que les tribunaux ne condamnaient jamais à 3 mois (peine grave en matière correctionnelle) pour ces délits peu graves, sorte de maraudage, mais que le mot *vol* visait des délits bien plus graves. Cette réponse ne préjugait rien en faveur de l'exclusion du vol dans les champs de l'art. 388 du Code pénal; si elle excluait, ce qui n'avait pas besoin d'être dit, le maraudage qui n'est puni que de peines de simple police (art. 471 — 9° et 475 — 15°), elle semblait n'exclure le vol dans les champs de l'article 388 qu'autant qu'il n'était puni, comme cela arrive fréquemment, que de moins de 3 mois; mais si la condamnation est à plus de 3 mois, évidemment elle prend ce caractère de gravité dont parlait M. Ninard, qui la fait compter pour la relégation. Cela fut dit formellement du reste par le rapporteur M. de Verninac : « Pour le vol commis dans les champs, pour le vol de récoltes, *vol compris dans notre énumération*, non pas d'une façon spéciale, mais d'une façon qui rentre dans la définition générale du vol..... » Et, en effet, ce vol a tous les éléments de la soustraction frauduleuse, que prévoit l'article 379 qui doit être pris pour définir le mot *vol* (1).

Une nouvelle difficulté se présente pour le délit appelé *filouterie d'aliments*. Des auteurs (2) et des jugements ou arrêts (3) veulent la comprendre dans l'expression de *vol* par ce motif que cette expression se réfère à tous les délits énumérés dans la

(1) En ce sens : arr. Montpellier, 2^e avril 1886, Dal. 1886, 1, 148.

(2) M. Tournade, *Commentaire de la loi sur les récidivistes*, n° 10.

(3) Jug. Chambéry, 5 février 1886. — Arr. Rennes, 13 avril 1885, cassé par la Cour suprême le 5 juin 1886. Sir. 1886, 1, 395.

section ayant ce mot pour intitulé (sect. 1, ch. 2, tit. 2, liv. 3), parmi lesquels figure la filouterie d'aliments à la fin de l'article 401. Nous repoussons cette solution : la filouterie d'aliments rentre si peu dans la définition du vol ou de l'escroquerie que, faute de texte spécial, elle fut longtemps impunie et qu'il fallut une loi du 26 juillet 1873 pour la réprimer. Et, en effet, il n'y a pas cet élément de la soustraction frauduleuse, l'appréhension contre le gré du propriétaire, ni ces manœuvres frauduleuses qui constituent l'escroquerie. Il n'y a donc pas lieu de se préoccuper de la place de ce délit à la suite de l'article 401 ; la détermination n'en a certainement pas été bien réfléchie, et comme les lois pénales sont de droit étroit, il ne figurera pas parmi les délits de l'article 4 (1). Le législateur ne s'est pas expliqué à cet égard ; mais l'eut-il exclu, nous ne l'en blâmerions pas, ce délit étant le plus souvent commis sous l'empire d'un pressant besoin qui indique moins un malfaiteur qu'un malheureux.

Le mot *abus de confiance* est générique et s'applique aux cas prévus par les articles 406 à 409, placés sous cette rubrique, sauf toutefois l'article 409 qui ne punissant la soustraction de pièces produites en justice que d'amende se heurte évidemment à notre article 4 qui exige plus de 3 mois d'emprisonnement.

Enfin *le vagabondage et la mendicité* prévus par les articles 277 et 279 du Code pénal sont *le vagabondage et la mendicité qualifiés*, c'est-à-dire s'exerçant avec travestissement, armes, objets pouvant servir à voler ou violences. Nous réservons pour un paragraphe

(1) En ce sens : M. Albert Desjardins. *Le Droit*, 26 janvier 1886. — M. Berton, *Code de la relégation*, n° 152 et suiv. — Jambois. *Code pratique de la relégation*, p. 53 et suiv. — Arr. cass., 5 juin 1886. Sir., 1886, 1, 395 et 9 juillet 1886. Sir., 1886, 1, 395. — Arr. Nancy, 11 février 1886, Dal., 1886, 2, 55.

spécial ce que nous aurons à dire de ce délit qui a donné lieu dans les Chambres à de vives discussions.

TROISIÈME CAS DE RELÉGATION.

Art. 4. — 3° : « Quatre condamnations, soit à l'emprisonnement pour faits qualifiés crimes, soit à plus de 3 mois d'emprisonnement pour les délits spécifiés au paragraphe 2 ci-dessus. »

Nous n'avons rien à ajouter pour ce cas aux observations que nous avons présentées dans l'hypothèse précédente.

QUATRIÈME CAS DE RELÉGATION.

Art. 4. — 4° : « Sept condamnations, dont deux au moins prévues par les deux paragraphes précédents, et les autres, soit pour vagabondage, soit pour infraction à l'interdiction de résidence signifiée par application de l'article 19 de la présente loi, à la condition que deux de ces autres condamnations soient à plus de trois mois d'emprisonnement. »

Les nouvelles infractions prévues dans ce paragraphe sont *le vagabondage simple* (art. 269 à 273, C. pén.), l'infraction à l'interdiction de séjour remplaçant l'ancienne surveillance de la haute police, infraction punie de la même peine (art. 19, loi du 27 mai 1885. — art. 45, C. pén.). — La *mendicité simple* des articles 273 à 276 du Code pénal avait été ajoutée par M. Ninard; mais la commission fit droit partiellement aux réclamations de M. Bérenger, qui voulait la suppression du vagabondage et de la mendicité (1), en supprimant la mendicité simple (2). — Mais comme nous verrons que les condamnations encourues avant la promulgation de la loi de 1885 sont comptées

(1) Sénat, séance du 8 février 1885, (*Offic.* du 9).

(2) Sénat, séance du 12 février 1885, (*Offic.* du 13).

pour la relégation (art. 9), la question se posa en pratique de savoir si on devait compter les infractions pour rupture de ban. L'infraction à la surveillance de la haute police s'appelait *rupture de ban* et était punie par l'article 45 du Code pénal; la surveillance étant remplacée par l'interdiction de séjour et l'infraction à cette nouvelle mesure étant punie comme l'était l'ancienne rupture de ban par l'article 45, pouvait-on considérer la condamnation pour rupture de ban prononcée avant la promulgation de la loi nouvelle comme rentrant dans les termes de l'infraction à l'interdiction de résidence qui lui est substituée? La Cour de cassation, par un arrêt du 15 avril 1886 (Sir., 1886, I, 334) a inauguré une interprétation qui assimile ces deux infractions au point de vue de la nécessité de les compter pour la relégation; elles se remplacent dans le texte comme l'interdiction de séjour a remplacé la surveillance; ces deux institutions, d'après l'article 19, ont les mêmes effets quant à la durée, sont soumises aux mêmes règles quant à la remise, à la suppression, à la peine en cas d'infraction, sont prononcées pour les mêmes causes; c'est, à part une différence quant à la désignation des lieux interdits au condamné, la substitution la plus absolue, puisque les anciens condamnés à la surveillance restent soumis à l'interdiction de séjour pour le temps qui restait à courir de ladite surveillance; or, la loi de 1885 ne pouvait, puisqu'elle disposait pour l'avenir, parler d'une infraction qui ne pouvait plus exister, mais elle laissait intact le passé et voulait qu'il fut tenu compte aux gens qu'elle visait des condamnations antérieures (art. 9) et parmi elles, de la rupture de ban qui est au passé ce que l'infraction à l'interdiction de séjour est à l'avenir.

Peut-être la Cour de cassation a-t-elle été poussée à cette solution par le désir de se conformer à la pensée du législateur de se débarrasser des malfaiteurs dangereux, quand il édictait la rétroactivité de l'article 9 ; mais cette solution n'en est pas moins inadmissible, contraire aux principes fondamentaux du droit pénal, elle ne peut être acceptée que sous la pression d'un texte aussi précis que possible, texte qui n'existe pas. Quoi qu'on en dise, l'infraction à l'interdiction de séjour signifiée en vertu de l'article 19 n'est pas l'ancienne rupture de ban ; évidemment la loi de 1885 a voulu faire quelque chose de nouveau ; qu'on ne parle pas de cette ressemblance parfaite des deux institutions quant à la durée, au mode de répression, aux causes et conditions ; l'infraction à l'interdiction de séjour est un délit différant de la rupture de ban comme l'interdiction de séjour diffère de la surveillance ; il est parfaitement permis au législateur, qui supprime une peine et en crée une autre, de copier les conditions d'existence, de durée, etc, de la peine supprimée, s'il juge ces conditions suffisamment bonnes. Bien plus en introduisant cette modification importante, la loi de 1885 supprimait une mesure qu'elle jugeait exécrable, d'une sévérité excessive ; et il eut été illogique de reprocher plus tard à un individu une infraction dont on rendait responsable bien plus l'institution abolie que le condamné lui-même. Si on ajoute à cela que le droit pénal est d'interprétation étroite, que la rétroactivité ne se supplée pas, il faut reconnaître que la rupture de ban ne doit pas être comptée en présence d'un texte qui, comme l'article 4, n'est rien moins que précis (1).

(1) En ce sens : Berton, n° 182 et 183. — Arr. Paris, 8 avril

Cette question étant tranchée, quel est le sens précis qu'il faut donner à l'article 4-4°; ou, si l'on veut, quelles hypothèses comprend-il? Il faut au moins deux condamnations prévues par les deux paragraphes précédents. Pour qui cherche le sens naturel de ces expressions, la solution est que notre 4° vise d'abord les condamnations à plus de 3 mois pour les délits spécifiés au 2°, les condamnations à l'emprisonnement (sans taux délimité) pour crime et, comme le 2° visait une des condamnations du 1°, les condamnations aux travaux forcés et à la réclusion. M. Tournade (1) a cependant soutenu que les travaux forcés et la réclusion ne faisaient point partie des deux condamnations auxquelles se référait le 4°, pour ce motif que, prévues par le 1°, elles ne le sont pas les 2° et 3° objets du renvoi de l'article 4-4°. Est-il besoin de réfuter cette théorie? Les travaux forcés et la réclusion sont parfaitement visés par le 2°, au moyen d'un renvoi au 1°, nous le voulons bien; mais si le législateur n'a pas répété les mots eux-mêmes, il est évident que c'est dans le simple but d'éviter des répétitions désagréables. Voyez du reste à quelle solution inique on arrive avec M. Tournade: supposons les cinq autres condamnations demandées par le 4° existant dans les conditions voulues, si le condamné a eu en outre une condamnation à la réclusion pour crime et une autre à plus de 3 mois de prison pour vol, il ne sera pas relégué; il le sera au contraire, s'il a eu deux condamnations à plus de 3 mois pour vol.

Outre les deux condamnations prévues par les 2° et 3°, il faut cinq autres condamnations, dont deux au moins.

1886, sous un arrêt de cassation du 25 juin 1886. Sir., 1886, 1, 392.

(1) *Commentaire de la loi sur les récidivistes*, n° 40.

soient à plus de 3 mois de prison pour vagabondage simple ou infraction à l'interdiction de résidence. Rien n'eut été plus simple si le texte était aussi précis ; le tableau aurait été le suivant :

1° DEUX CONDAMNATIONS : soit aux travaux forcés, soit à la réclusion, soit à l'emprisonnement pour crimes, soit à plus de 3 mois pour délits spécifiés au § 2.

2° DEUX CONDAMNATIONS : à plus de 3 mois pour vagabondage simple ou pour infraction à l'interdiction de résidence.

3° TROIS CONDAMNATIONS : à la prison sans taux fixé, pour vagabondage simple ou infraction à l'interdiction de résidence.

Observons toutefois que les deux condamnations visées par les paragraphes précédents ne peuvent être toutes deux aux travaux forcés ou à la réclusion : ce cas retombe sous le coup du paragraphe 1.

Tel était le texte du projet soumis au Sénat en deuxième délibération. M. Ninard fit observer qu'avec ce texte 2 condamnations pour délits spécifiés et 5 pour vagabondage simple font encourir la relégation, tandis que 3 condamnations pour délits spécifiés et 4 pour vagabondage simple ne l'emportent pas, en sorte qu'un vol ne vaudrait pas un délit de vagabondage. Pour y remédier il voulut qu'un vol put remplacer un délit de vagabondage ; et c'est sur ces observations que fut voté notre paragraphe 4 actuel, qui dit : « *deux au moins* des condamnations prévues par les deux paragraphes précédents » (1).

Que l'on puisse, à raison de cette modification du texte, substituer à l'une des condamnations à plus de 3 mois pour vagabondage simple ou infraction à l'interdiction de résidence, une des condamnations des paragraphes 2 et 3, cela ne peut faire l'ombre d'un doute.

(1) Sénat, séance du 13 février 1885.

Donc il pourra y avoir : 3 condamnations prévues par les paragraphes 2 et 3, et 4 condamnations, dont une à plus de 3 mois pour vagabondage ou infraction à l'interdiction de résidence ; ou 2 prévues par les paragraphes 2 et 3, et 5, dont 2 à plus de 3 mois pour les cas prévus au paragraphe 4.

Mais la Cour de cassation va beaucoup plus loin ; pour elle la substitution d'un délit spécifié aux §§ 2 et 3 aux 5 prévus par le § 4 est possible pour toutes les infractions ; en sorte que, pour prendre l'exemple qui indique le mieux ce que cette opinion a d'absolu, le 4^e cas de relégation pourrait comprendre : 3 condamnations prévues par les §§ 2 et 3, 1 à plus de trois mois pour vagabondage simple ou infraction à l'interdiction de résidence, et 3 pour délits spécifiés au § 2, mais à moins de 3 mois (1). Et pour soutenir une solution qui paraît aussi exorbitante, la Cour suprême a prétendu que les expressions *deux au moins* de notre § ne fixaient qu'un minimum, et qu'une condamnation pour délits spécifiés pouvait toujours à *fortiori* remplacer une condamnation pour vagabondage simple : ainsi l'entendait M. Ninard qui a fait voter le texte actuel (2).

La résistance des Cours d'appel a fini par céder devant l'obstination de la Cour de cassation qui refaisait ainsi la loi à sa manière. Une telle solution est absolument inadmissible. L'intention du législateur n'a jamais été de se prêter à une substitution aussi complète ; du reste M. Ninard n'a cité comme

(1) Nous n'avons pas pris comme exemple quatre condamnations pour délits des §§ 2 et 3, et trois pour ces mêmes délits à moins de trois mois, parce que les quatre condamnations ci-dessus suffisent pour entraîner la relégation en vertu du § 3.

(2) Arr. cass., 13 mars 1886. Sir., 1886, 1, 334. — Arr. cass., 26 juin 1886. Sir., 1886, 1, 396.

exemple, pour faire adopter la modification qu'il proposait, que celui de la substitution d'une condamnation pour délit spécifié aux §§ 2 et 3 à l'une des condamnations à plus de trois mois pour vagabondage simple. Si l'on veut suivre attentivement les phases diverses par lesquelles a passé le § 4, il est impossible de donner raison à la Cour de cassation. Le projet primitif, après avoir parlé des trois cas de relégation ci-dessus étudiés, en proposait un quatrième d'une nature spéciale qui visait seulement le vagabondage et la mendicité; il n'y entraît aucune condamnation pour autre délit. Si le Sénat oublia un peu la destination primitive de notre texte en y faisant entrer deux condamnations pour délits des §§ 2 et 3, il n'en établit pas moins une séparation entre les deux ordres de faits qui constitueraient ce quatrième cas, les uns déjà prévus précédemment, les autres constitués exclusivement par le vagabondage, et malgré les modifications apportées les termes du rapport constatent que ce quatrième cas est spécial et vise les *vagabonds*. Il y a loin, on le voit, de la substitution complète autorisée par la Cour de cassation à l'intention du législateur. Les deux groupes de faits doivent donc ne pas se remplacer; s'il y a des condamnations pour délits des §§ 2 et 3, il faut absolument des condamnations pour vagabondage; la substitution n'est permise que pour un maximum d'une condamnation, mais pas davantage. A l'objection qui se présente naturellement que trois condamnations à moins de trois mois pour vol sont plus graves que trois condamnations à moins de trois mois pour vagabondage, et que cependant dans notre théorie on reléguera le vagabond et non le voleur, nous opposons les paroles formelles du rapporteur au

Sénat, M. de Verninac : « Il est facile d'imaginer de nombreuses espèces dans lesquelles la loi ne frappera pas des individus certainement plus coupable que ceux qui tomberont sous le coup de son application ; mais il n'est pas de disposition pénale qui, dans telle ou telle espèce que l'esprit peut concevoir, n'amène des résultats critiquables au point de vue de la logique absolue. Le but de la loi actuelle est de frapper des incorrigibles avérés. Avoir la prétention de n'en laisser échapper aucun, serait poursuivre une chimère(1). » N'est-ce pas la condamnation formelle du système de la Cour de cassation ? — Terminons cependant en exprimant le regret que la loi soit ainsi conçue : il est dur de reléguer des vagabonds, ces gens qui ont commis un délit peu caractérisé et dont l'admission a soulevé tant de difficultés, et de ne pas reléguer des voleurs dont la peine est égale. Nous retrouverons plus tard à l'occasion de l'article 9 une conséquence de la théorie de la Cour de cassation relative aux récidivistes qui ont, avant la promulgation de la loi, le nombre de condamnations exigées par l'article 4 ; avec la substitution possible dans tous les cas, elle a relégué, grâce à une seule condamnation nouvelle pour vagabondage simple, des gens qui ne rentraient aucunement dans les termes de l'article 4.⁴

IV. -- Du vagabondage considéré au point de vue de la relégation et des délits assimilés

Nous venons de voir le vagabondage et la mendicité figurer au nombre des délits qui comptent pour la

(1) Sénat, doc. parl., 1884, p. 412.

relégation, soit comme vagabondage et mendicité qualifiés (art. 277, 279, C. p.) dans le 2^o soit comme vagabondage simple dans le 4^o. Ce n'est pas sans difficultés que ce délit a été inscrit dans notre loi. L'état de vagabondage ou de mendicité constitue-t-il réellement un fait punissable au point de vue du droit rationnel ? Non, répondent le plus grand nombre des criminalistes ; ce qu'il faut contre les vagabonds, ce sont des mesures préventives ; les vagabonds, les mendiants n'attendent, dit-on, ni à la sûreté publique ni aux droits de personne ; le plus souvent cet état est celui de malheureux que le manque de travail, de mauvaises récoltes, une infirmité ou l'âge avancé ont plongés dans une misère profonde et un découragement qu'ils n'ont pas la force de surmonter ; donc ce qu'il faut à leur égard, c'est de la pitié, des secours, des remèdes que la société n'a pas encore su leur donner. Et cependant le Code de 1810 en fait un délit (art. 269) ; pourquoi ? C'est le même motif, qui a inspiré cette disposition en 1810, qui a fait mettre en 1885 le vagabondage parmi les délits qui comptent pour la relégation. C'est, a-t-on dit (1), qu'il constitue un danger social, qu'il conduit au délit, qu'il cache bien des méfaits dont la preuve est impossible, qu'il les suppose même : le vagabond ne travaille pas, et cependant il se nourrit, où peut-il puiser ses ressources si ce n'est dans le vol ; de plus c'est un mauvais exemple pour le travailleur pauvre mais honnête, c'est bien souvent la terreur des campagnes qu'il dévalise en l'absence des habitants occupés au travail ou même en présence des infirmes et des femmes qui tremblent devant ses exigences. On a objecté, et avec raison, croyons-nous,

(1) M. Ninard. Sénat, séance du 10 février 1885, (*Offic.* du 11, p. 97).

qu'alors ce que la loi punit, c'est non pas le délit consommé et prouvé, mais le délit probable, le délit supposé. Il faut le reconnaître, le vagabondage à lui seul n'est pas rationnellement un délit ; que la société s'efforce de le diminuer par toutes les mesures préventives qui seront justes et utiles, c'est son droit ; mais quand elle inflige une peine, elle dépasse son droit.

Cette vérité est tellement frappante que le Code pénal est obligé de dire dans l'article 269 : « Le vagabondage est un délit », chose qu'il n'avait jamais faite pour toutes les autres infractions qu'il prévoit. C'est donc un délit de pure convention, comme le faisait observer M. Béranger (1). Il faut reconnaître cependant que le législateur de 1810 n'innovait pas en le réprimant. Les lois de Lycurgue et de Solon édictaient la proscription contre les vagabonds, et à Athènes on punissait l'oisiveté de peines corporelles. A Rome les censeurs et dans les provinces les proconsuls ont le droit de les expulser ; et une constitution de Gratien et de Valentinien condamne aux mines ceux qui sont en état de travailler. Dans l'ancienne France plusieurs ordonnances les expulsèrent ; une ordonnance de 1670 les soumet à une juridiction exceptionnelle et les prive de l'appel ; les galères furent prononcées contre eux à plusieurs reprises en 1682, 1687, 1700, 1701 ; enfin l'édit du 5 août 1764 condamna aux galères les vagabonds valides et à la prison les infirmes, les vieillards et les femmes.

La législation révolutionnaire était revenue aux véritables principes en édictant des mesures préventives ; mais les troubles de l'époque empêchèrent de les organiser, et la recrudescence du vagabondage

(1) Sénat, séance du 10 février 1885.

amena la loi du 24 Vendémiaire an II qui, tout en organisant des travaux de secours pour les indigents, prononça contre les vagabonds la transportation. Cette mesure ne fut jamais appliquée.

Le Code de 1810, nous l'avons vu, punit le vagabondage et la mendicité. Malgré les attaques qui depuis longtemps ont été dirigées contre cette mesure, quand le projet, qui aboutit à la loi du 27 mai 1885, se présenta devant les Chambres, la question du vagabondage reparut, et on songea à en faire un des cas d'application de la nouvelle mesure proposée. Ce qui avait provoqué cette proposition, c'était la proportion énorme pour laquelle, surtout depuis quelques années, les délits de cette nature étaient entrés dans le compte général de la criminalité, proportion due peut-être à l'indulgence presque générale dont les tribunaux font preuve à l'égard de gens plus malheureux que coupables et pour qui la plupart du temps la prison est un refuge et non un lieu d'effroi. De 4.661 condamnations pour délits de cette nature en 1856, le chiffre est allé en s'augmentant d'année en année, pour atteindre en 1878 le total de 15.801; en 1879, 17.428; en 1880, 19.249; en 1881, 20.021; en 1882, 21.354; l'augmentation en cinq ans était de 33 0/0.

Quand on arriva au vagabondage dans la discussion, les protestations s'élevèrent d'autant plus fortes qu'à la peine du Code pénal qui était jugée excessive on voulait ajouter la relégation, cette mesure exceptionnelle qu'on réservait aux malfaiteurs incorrigibles. L'assimilation était choquante. On fit cependant une exception pour le vagabondage et la mendicité qualifiés des articles 277 et 279 du Code pénal, qu'on accepta sans trop de récriminations, parce qu'ils sont réellement dangereux surtout à la cam-

pagne ; la peine du Code pénal, qui est supérieure à celles du vol, de l'escroquerie, était jugée bonne pour ces hypothèses. Nous nous associerions volontiers à cette exception, si les articles 277 et 279 ne s'appliquaient qu'aux vagabonds réellement dangereux, ceux qui pénètrent dans les maisons avec des armes ou profitent de la présence d'êtres sans défense pour menacer et prendre ce qui leur convient ; mais la rédaction de ces articles implique dans la même catégorie des gens bien peu coupables, des gens que la nécessité de cacher leur origine force à un déguisement souvent bien inoffensif. Le minimum que nous aurions pu demander au législateur pour cette hypothèse eut été de faire exception au caractère obligatoire de la relégation et de rendre les juges maîtres d'apprécier la perversité réelle du prévenu.

Quant au vagabondage et à la mendicité simples, en faire des cas de relégation, c'était dépasser la mesure. En vain répondit-on que en fait la loi nouvelle ne frapperait pas les malheureux, que la police n'arrête pas et que les parquets ne poursuivent pas (1) ; que la relégation ne s'appliquerait qu'à ceux qui étant valides et ne devant leur situation à aucun malheur immérité refuseraient de travailler ; en vain le projet du Gouvernement essaya-t-il d'atténuer la portée de cette rigueur en inscrivant la relégation facultative pour les vagabonds ; nous n'en conservons pas moins avec beaucoup d'éminents auteurs ou membres des deux Chambres cette opinion bien arrêtée que la loi a dépassé la mesure.

Le législateur l'a si bien compris, qu'il fut obligé à faire des concessions, en rayant de la liste la men-

(1) En 1882, la police arrêta à Paris 6,350 vagabonds ; il n'y eut que 920 condamnations sur 3,270 qui furent poursuivis.

dicité simple et en exigeant outre des condamnations pour vagabondage simple un certain nombre de condamnations pour autres délits. Cette observation atténue les torts sans les faire disparaître ; mais on alla trop loin quand on repoussa la faculté que le projet du Gouvernement laissait aux tribunaux relativement à ce délit. Dans la séance du Sénat du 9 février 1885, M. de Pressensé fit remarquer tout ce qu'avait d'odieux cette mesure ; faisant allusion à une certaine catégorie de malfaiteurs qui, ceux-là, n'inspirèrent pas de pitié, les souteneurs et les bonneteurs, et que la loi nouvelle voulait punir, il montra de malheureux vagabonds sans ressources soumis à la relégation collective, alors que des hommes sans moralité, obtenant de beaux bénéfices dans l'exercice de professions honteuses, auraient droit à la relégation individuelle : ce qui constitue de la proportionnalité à rebours en matière pénale.

Délits nouveaux assimilés au vagabondage. — Une observation préliminaire doit être présentée : pour nous qui aurions voulu voir le vagabondage simple disparaître de la loi de 1885, et qui admettons la relégation pour les gens dont nous allons parler, il aurait fallu faire de leurs méfaits un délit spécial ; du moment qu'on relègue les vagabonds, un des intérêts de la distinction disparaît, c'est le but proposé, la relégation.

L'article 4, dernier alinéa, s'exprime ainsi : « Sont considérés comme gens sans aveu et seront punis des peines édictées contre le vagabondage, tous individus qui, soit qu'ils aient ou non un domicile certain, ne tirent habituellement leur subsistance que du fait de pratiquer ou faciliter sur la voie pu-

blique l'exercice de jeux illicites ou la prostitution d'autrui sur la voie publique. »

Les gens qu'on voulait atteindre, dont au Sénat on affectait de ne pas oser prononcer le nom, sont bien déterminés dans le langage ordinaire par les expressions « *souteneurs et bonneteurs* » ; il est à peine besoin de dire qu'ils forment dans les villes, surtout dans celles d'une grande importance, une de ces catégories de malfaiteurs aussidangereux que difficiles à réprimer, et contre lesquels l'opinion publique réclamait des mesures sévères. Mais la loi devait préciser les conditions dans lesquelles ils tomberaient sous son application.

A vrai dire, pour la plupart d'entr'eux il n'y avait dans le Code de 1810 aucune disposition applicable. L'article 270, relatif au vagabondage, caractérise ce délit par la réunion de 3 conditions essentielles : l'absence de domicile certain, l'absence de moyens de subsistance, l'absence de profession habituellement exercée. Les gens dont nous parlons ne tombaient presque jamais sous le coup de la loi, puisque, quels qu'ils fussent, il n'était pas vrai de dire qu'ils n'avaient pas de moyens de subsistance. En vain objectait-on au sein des Chambres (1) qu'il n'y avait pas besoin de disposition nouvelle avec une jurisprudence bien établie en ce sens qu'on ne regarde pas ces professions comme des métiers rendant inapplicable l'article 270, que ces gens seraient frappés de la peine du vagabondage sans pouvoir invoquer leur profession (2).

(1) Premier rapport de M. de Verninac. (Sénat, doc. parl. janvier 1885, annexe n° 352).

(2) Arr. cass., 23 août 1883, *Gazette des tribunaux*, 4 octobre 1883.

A cette objection, qui avait fait supprimer la modification que le projet primitif voté par la Chambre apportait à la rédaction de l'article 270 (« Les vagabonds ou gens sans aveu sont ceux qui n'ont ni domicile certain ni moyens de subsistance, soit qu'ils n'exercent habituellement aucune profession, soit qu'ils tirent profit habituel de jeux illicites et prohibés sur la voie publique, ou de la prostitution d'autrui sur la voie publique »), à cette objection, disons-nous, M. Bozérian répondit avec raison que la jurisprudence n'atteignait pas en réalité les souteneurs qui presque tous ont un domicile et même plusieurs : ce qui double la difficulté. A cet argument nous ajouterons que la jurisprudence fort pratique n'en était pas moins illégale, et qu'il n'était pas inutile qu'une loi vînt la confirmer.

Mais était-il bon de modifier l'article 270, en déterminant les cas où ces ressources ne seraient pas suffisantes pour en arrêter l'application ? Cela n'enlèverait-t-il pas aux tribunaux le pouvoir d'apprécier s'ils ne doivent pas repousser d'autres professions non moins inavouables, et ne les empêcherait-il pas de condamner des individus plus pervers peut-être que les souteneurs et les bonneteurs ? Non ; en matière pénale il ne faut rien laisser à l'arbitraire des tribunaux quant à la détermination des éléments d'un délit : ce sera à la loi, si des faits d'un nouveau genre se présentent, à édicter une disposition nouvelle qui les réprime. Aussi un amendement de M. Andrieux, qui excluait des professions qu'on peut invoquer devant un tribunal « *toutes professions inavouables* » a-t-il été avec raison repoussé (1).

On ne toucha pas à l'article 270 ; mais on fit un

(1) Chambre, séance du 26 juin 1883.

paragraphe spécial dans notre article 4 visant les bonneteurs et les souteneurs. Les uns, comme M. Bozérian, demandèrent l'assimilation au vagabondage qualifié de l'article 277 quant à la peine et à la classification dans les cas de relégation ; le Gouvernement s'y refusa ; mais le texte actuel, qui établit l'assimilation entre ces gens et les vagabonds, étant général, le souteneur ou le bonneteur qui sera porteur des instruments énumérés dans l'article 277 ou aura tenté les violences dont parle l'article 279, sera assimilé quant à la peine au vagabond ou au mendiant de ces deux articles.

Quelles sont donc les conditions exigées pour ces deux délits par l'article 4 ? — Malgré les paroles de M. Gerville-Réache, rapporteur, qui prétendait qu'on ne créait pas des délits nouveaux, que les conditions de l'article 270 restaient applicables, sauf l'exclusion de ces professions comme cas d'excuse, il n'en faut pas moins reconnaître que vis-à-vis des bonneteurs et des souteneurs les conditions ne sont plus les mêmes que pour les autres vagabonds. Il suffira, pour qu'une condamnation puisse intervenir, que le prévenu exerce habituellement une des deux professions visées, quand même il aurait un domicile certain, quand même il aurait des moyens de subsistance (il en a en effet) ; il ne pourra pas invoquer une autre profession, l'exercice *habituel* de sa profession inavouable visée étant incompatible avec un autre métier.

Mais cela ne suffit pas. Pour le souteneur, il faut une sorte de flagrant délit, qu'il facilite sur la voie publique la prostitution d'autrui sur la voie publique. Cette répétition peu harmonieuse a été conservée pour bien montrer l'intention du législateur de restreindre à ces cas l'application de la loi. Les uns ont trouvé le

texte trop restrictif (1) : le proxénétisme devait être atteint jusque dans les maisons ; le législateur n'avait pas le droit d'abdiquer son devoir, qui est de réprimer la prostitution sous toutes ses formes, sous ce prétexte aussi inavouable que le mal qu'il ne pouvait rien contre un mal nécessaire ; enfin, il était dangereux, en spécifiant les cas où l'exercice de la prostitution est punissable, de sembler légitimer tous les autres cas. D'autres, au contraire (2), trouvèrent le texte trop extensible, en ce qu'il pouvait frapper des gens assurément peu dignes d'intérêt, mais à coup sûr ne présentant pas les mêmes dangers que les souteneurs, par exemple ces mères qui accompagnent leur fille sur la voie publique et vivent de leur prostitution. Pour nous, nous croyons que le législateur devait préciser les conditions du nouveau délit, mais il n'a peut-être pas été assez loin dans la répression de gens aussi prudents que dangereux. Il faut cependant tenir compte de l'intention qu'il a manifestée, en souhaitant que la mesure soit plus tard étendue, si l'expérience ne répond pas aux efforts ainsi tentés. M. — Bozérian, dans un amendement qu'il proposait, ne visait pas les jeux illicites, sous ce prétexte que, si la loi nouvelle voulait atteindre les bonneteurs, une disposition spéciale n'était nullement nécessaire, le jeu de bonneteau constituant une escroquerie qui tombe sous le coup de l'article 405 du Code pénal ; que si dans un jeu il n'y avait pas escroquerie, il n'y avait pas de fait délicieux à réprimer. Ces raisons parfaitement justes ne convainquirent pas M. Waldeck-Rousseau, ministre de

(1) M. Girault demanda la suppression des mots « sur la voie publique. » — Chambre, séance du 26 juin 1883. (*Offic.* du 27).

(2) M. Bozérian, Sénat, séance du 13 février 1885 (*Offic.* du 14).

l'Intérieur, qui répondit que le texte visait non-seulement les cas d'escroquerie, pour lesquels une disposition spéciale n'était pas nécessaire, mais tous les jeux de hasard pratiqués *même sans escroquerie* mais sans l'autorisation des autorités (préfet, commissaire de police ou maire) ; le bonneteau, la plupart du temps ne constituerait pas une escroquerie mais s'exercerait avec une certaine habileté contre laquelle il était bon de protéger les gens naïfs, paysans, enfants, etc. (1). Si telle était l'intention de la loi, un texte était nécessaire ; mais ne faut-il pas regarder comme bien sévère cette répression de jeux de hasard, alors qu'il n'y a pas escroquerie ?

Observons, pour terminer, que le mot *voie publique* ne comprend pas les *lieux publics*, cafés, théâtres, etc. ; il s'applique aux places, rues, chemins de toute catégorie, y compris les chemins de fer.

V. — Les condamnations par contumace ou par défaut ; celles prononcées pour complicité ou tentative des délits énumérés à l'article 4 comptent-elles pour la relégation ? Quelle solution adopter au cas de condamnation unique pour plusieurs infractions ou de condamnations multiples dont les peines se confondent ?

Ce sont là toutes questions dont le législateur a laissé la solution aux principes généraux.

A. — DES CONDAMNATIONS PAR DÉFAUT OU PAR CONTUMACE.

Le principe est qu'une condamnation ne peut compter pour la relégation qu'autant qu'elle est définitive. Or, pour le condamné par contumace pour crime, de

(1) Sénat, séance du 13 février 1885.

deux choses l'une : ou il se représente dans les vingt ans, alors la condamnation tombe et il est jugé à nouveau, et sa nouvelle condamnation rentre dans les cas ordinaires de relégation ; ou il prescrit sa peine par vingt ans et la condamnation devient définitive ; nous avons vu que dans ce cas l'application de la récidive des articles 56 et 57 devient possible ; ici, il en sera de même, cette condamnation pourra compter pour la relégation ; la date de cette condamnation sera, pour le calcul du délai de dix ans dont nous aurons à parler, celle du jour où elle est devenue définitive, c'est-à-dire vingt ans après qu'elle a été prononcée. Mais si le condamné commet d'autres infractions, par exemple, un second crime, avant la prescription de sa peine, la relégation ne pourra pas être prononcée, dans le premier cas, parce que les deux peines se confondront, cas que nous aurons l'occasion d'examiner, dans le deuxième cas, parce que, si la nouvelle condamnation intervient avant les vingt ans, il ne peut être tenu compte d'une condamnation qui n'est pas encore définitive.

Quant aux jugements correctionnels par défaut, il faut établir une distinction : n'ont-ils pas été signifiés ? ils ne constituent pas à proprement parler une condamnation mais un simple acte d'instruction, interrompant la prescription de l'action publique qui court désormais à partir de sa date : si, au contraire, ils ont été signifiés, ils compteront pour la relégation dès qu'ils seront devenus définitifs après l'expiration des délais d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation. Nous ne faisons que reproduire la solution que nous avons déjà donnée pour l'application de la récidive des articles 56 à 58 du Code pénal : nous renvoyons pour

le détail à ce que nous avons dit précédemment sur ces articles.

B. — DE LA TENTATIVE

La condamnation pour tentative des infractions énumérées à l'article 4 de notre loi compte-t-elle comme la condamnation pour les infractions consommées? Cette question que nous n'avions pas à résoudre pour la récidive du Code pénal, parce que les articles 56 à 58 n'envisagent que la peine prononcée pour quelque cause que ce soit, se présente pour certains cas de relégation. Si elle ne se pose pas pour le premier cas de relégation ni pour quelques unes des condamnations prévues au deuxième cas (condamnations à l'emprisonnement pour faits qualifiés crimes), pour le même motif qu'elle ne se posait pas au cas de récidive légale du Code pénal, elle doit être résolue pour deux des délits spécifiés au § 2, le vol et l'escroquerie. Si nous n'en parlons pas pour les autres, c'est que la tentative de ces délits n'est pas punissable, la loi ne l'ayant pas dit formellement (1). — Le Code pénal assimile de la façon la plus complète le crime tenté au crime consommé ; cette même assimilation est reproduite par l'article 3 du Code pénal pour le délit tenté et pour le délit consommé ; toutefois elle n'a lieu que pour les délits que la loi énumère d'une façon spéciale ; pas de différence donc quant à l'effet entre le crime et le délit, mais différence quant aux cas : l'assimilation existe toujours pour le crime, quelquefois pour le délit. A ce principe la loi de 1885 n'a apporté aucune exception ; elle le confirme même indirectement ;

(1) Art. 3, du Code pénal : « Les tentatives de délits ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi. »

pourquoi, puisque par le texte de l'article 4 elle n'établit pas de différence entre le crime tenté et le crime consommé, en établirait-elle une entre le délit tenté et le délit consommé? L'intention des rédacteurs était si bien de s'en rapporter aux principes généraux que dans les statistiques qu'on apportait à la tribune pour démontrer la nécessité de la loi nouvelle, on n'a jamais songé à faire une séparation entre la tentative et l'infraction consommée. Ce n'est pas, comme on l'a cru, étendre en dehors de son texte une disposition pénale, c'est au contraire appliquer les principes qui régissent toute disposition de ce genre, principes qu'il est superflu de répéter à chaque fois qu'on édicte une nouvelle peine pour une nouvelle infraction. La jurisprudence avec raison s'est toujours prononcée dans ce sens (1).

C. — DE LA COMPLICITÉ.

S'il s'agit d'une condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle pour crime, l'article 4 ne se préoccupant pas de la nature du rôle joué par le condamné dans l'accomplissement du crime, la complicité est nécessairement prévue par cet article : c'est une observation analogue à celle que nous avons faite précédemment pour la tentative. Mais la relégation peut-elle résulter de condamnations pour complicité des délits spéciaux de l'article 4? — Non, ont répondu des auteurs (2); l'assimilation établie entre la tentative et le délit consommé n'est pas la même que celle que l'article 59 semble établir entre le délit et la complicité : pour le premier cas la loi s'est servi d'une expression qui ne laisse aucun doute, elle dit que la

(1) Arr. Cass., 10 juin 1886. Sir., 1886, 1, 397. Arr., Montpellier, 4 fév. 1886. Sir., 1886, 2, 76.

(2) M. Sauvajol, *Gazette des tribunaux*, 25 déc. 1885.

tentative de crime ou de délit est *considérée* comme le crime ou le délit lui-même, assimilation quant à la nature, d'où découle une identité d'effets; l'article 59, au contraire, se borne à dire que le complice *sera puni* de la même peine que l'auteur principal, assimilation quant à l'effet et non quant à la nature, et cela est si vrai que dans certains cas le Code éprouve le besoin d'établir une différence même au point de vue de la peine (art. 63). Cette distinction du reste est, dit-on, conforme au droit rationnel qui, pour établir l'égalité de culpabilité, exige non-seulement l'égalité dans l'intention mais aussi l'égalité dans la perpétration du fait; et si le Code a à tort puni de la même peine le complice et l'auteur principal, ce n'est pas une raison pour renouveler l'erreur en présence d'un texte douteux; ce doute doit profiter à l'inculpé. A cet argument on en ajoute un autre tiré des travaux préparatoires : le projet primitif visait spécialement un des cas de complicité, le recel (1), ce qui excluait les autres cas des causes de relégation; cette disposition a disparu, parce que le législateur, dont l'attention avait été attirée sur la question de complicité, avait compris que l'assimilation était impossible.

Nous n'avons pas à discuter le point de savoir s'il est juste de frapper de la même peine le complice et l'auteur principal. Un principe dans notre droit pénal est l'assimilation de ces deux catégories de criminels : assimilation quant à la peine seulement, dit-on; non, il ne faut pas donner au texte de l'article 59 une interprétation par trop judaïque; si la peine est la même, c'est que, au point de vue auquel se place le législateur tout au moins, la culpabilité est la même, c'est-à-dire la nature de l'infraction.

(1) *Doc. parl.*, 1883, p. 409.

Du reste, admettons pour un moment qu'il n'y ait assimilation que quant à la peine, il n'en résulterait pas moins que logiquement cette assimilation cesserait si la relégation, qui n'est pas une peine il est vrai, mais n'en est pas moins une mesure de droit pénal, ne s'attachait pas à l'un et à l'autre cas. Une preuve que la loi de 1885 les visait l'un et l'autre, c'est que les statistiques fournies pour l'appuyer n'établissaient point cette distinction. L'intention prêtée au législateur, lorsqu'il supprimait le recel, n'est rien moins que démontrée; cet argument *à contrario* ne porte pas, et celui que nous invoquons en disant que ce silence est un renvoi tacite aux principes généraux est au moins plus rationnel. Mais ce qui frappe surtout, c'est cette anomalie que le projet primitif aurait créée en frappant de la relégation la complicité par recel, la moins coupable, et en dispensant les autres complicités plus coupables. C'est cette anomalie qu'on a fait disparaître en supprimant le recel. Enfin ajoutons que le but visé par la loi était précisément de frapper ces associations de malfaiteurs parfaitement organisées où les rôles sont distribués suivant les capacités ou le pur hasard et où par conséquent la culpabilité est la même.

D. — CONDAMNATION UNIQUE POUR PLUSIEURS INFRACTIONS OU CONDAMNATIONS MULTIPLES DONT LES PEINES SE CONFONDENT.

1° *Condamnations multiples dont les peines se confondent.* — Etablissons bien l'hypothèse, et, si l'on veut, prenons un exemple peut-être théorique mais frappant. Un individu a commis, dans le délai de la loi nouvelle (10 ans), quatre vols à différentes reprises, mais il n'est arrêté que pour le dernier, parce que les autres sont ignorés; il est condamné pour ce fait à 4 mois d'emprisonnement; plus tard on découvre

le troisième vol, il passe de nouveau en jugement et est condamné à 4 mois de prison; puis découverte du second vol et de ce chef nouvelle condamnation à 4 mois; enfin le premier vol venant à être connu, une nouvelle condamnation à 5 mois intervient : ces quatre condamnations à plus de 3 mois pour vol (art. 4-3°), intervenant pour faits antérieurs à la première condamnation, comme il y a simple cumul de délits, les peines doivent se confondre, et la peine la plus forte étant seule appliquée (art. 365, C. d'inst. crim.), en réalité ces quatre vols seront punis de 5 mois de prison. Y aura-t-il lieu à la relégation lors de la 4^e condamnation? Observons que nous sommes en présence d'un cumul d'infractions, et non de pluralité d'infractions qui, si les condamnations étaient à plus d'un an d'emprisonnement, constituerait la récidive légale de l'article 58 du Code pénal.

La jurisprudence (1) et quelques auteurs (2) admettent un système qui fait compter les quatre condamnations pour la relégation, et dans l'exemple cité elle serait prononcée en vertu du § 3 de l'article 4. La récidive de la loi de 1885, disent-ils, n'est pas du tout de même nature que celle du Code pénal. Sans doute l'article 365 du Code d'instruction criminelle prévoit le cas de réitération, qui ne constitue pas un cas de récidive légale au point de vue des articles 56 à 58 du Code pénal. Mais le mot *récidive* de la loi nouvelle comprend des hypothèses non prévues par le Code de 1810 parmi lesquelles l'exemple que nous venons de citer. C'est M. de Verninac qui le constate dans son rapport : « Le sens du mot *récidiviste*, dit-il,

(1) Arr., Montpellier, 18 mars 1886. Dal., 1886, 2, 148.

(2) M. Albert Desjardins, *Le Droit*, 27 janv. 1886. — M. Berton, n° 222 et suiv.

quant à ses conséquences juridiques, n'est réellement déterminé ici que par l'article 4. » Or quelles conditions met l'article 4 à l'existence de cette nouvelle récidive à laquelle la relégation s'applique ? Un certain nombre de *condamnations*, sans s'occuper si la peine a été subie, si elle a été prescrite ou si elle a été confondue dans une autre : ce qu'il faut, ce sont des condamnations encourues ; peu importe la confusion des peines, l'article 4 a reçu satisfaction : il y a eu quatre condamnations distinctes à plus de trois mois prononcées pour vol par des tribunaux successivement et séparément saisis. Tout ce que peut faire l'article 365 (C. ins. crim.) c'est de faire obstacle à l'*exécution* d'une peine nouvelle.

Nous ne pouvons nous rendre à cette opinion : elle est antirationnelle, elle est contraire aux principes de notre droit pénal, et son application amène les plus flagrantes injustices. Pourquoi la réitération des délits n'entraîne-t-elle pas les peines de la récidive en droit rationnel ? C'est que le fondement de l'aggravation de peines est dans l'excès de perversité qui résulte du mépris d'un premier avertissement et dans l'insuffisance de ce premier châtiment. Toutes les fois donc que de nouveaux faits punissables se produiront avant qu'une condamnation pour un premier fait ait été prononcée, le droit rationnel ne voit pas une récidive. Ainsi a fait avec raison le Code de 1810 dans les articles 56 à 58. Pourquoi voudrait-on que la loi de 1885 ait dérogé à ce principe dont l'article 365 du Code d'instruction criminelle n'est qu'une conséquence ? Ces mêmes auteurs, qui pour la tentative et la complicité déclaraient que les principes généraux du Code pénal étaient applicables, refusent de les appliquer en ce qui concerne la réitération de délits. L'article 4, qui ne se

suffisait pas à lui-même tout à l'heure, se suffirait ici. A-t-on au moins une preuve d'un changement aussi surprenant chez les rédacteurs de la loi de 1885? On invoque certaines paroles du rapporteur; on ne les a pas comprises : oui, il est bien vrai que la récidive de la loi de 1885 n'est pas celle du Code pénal ; et en effet la loi nouvelle exige pour la récidive qui mène à la relégation un certain nombre de condamnations d'une certaine nature pour certains faits énumérés, condamnations intervenant dans un délai inconnu du Code pénal, et surtout elle exige pour les condamnations correctionnelles pour délits qu'elle vise un certain taux (plus de trois mois), elle n'en exige pas pour les condamnations à l'emprisonnement pour crimes, tandis que le Code pénal exige une année. Bien certainement il y a une différence : voilà bien les conséquences juridiques, y compris la mesure nouvelle édictée, qui donnent au mot *récidiviste* un autre sens que celui du Code pénal. Cela prouve-t-il que le législateur de 1885 ait, sur la question que nous discutons, adopté d'autres idées que celui de 1810? Donc la récidive nouvelle, comme la récidive ancienne, exige cette condition que les nouveaux délits soient postérieurs à une première condamnation définitive.

Voyez du reste à quelles conséquences aboutit la théorie que nous combattons. Supposons que les quatre vols, dont nous parlions plus haut, soient parvenus à la même époque à la connaissance du parquet, que la même poursuite les ait compris, une seule condamnation intervenait et, de l'aveu même de nos adversaires, il n'y aurait qu'une seule condamnation comptant en vue de la relégation ; or, il arriverait que, par hasard les quatre vols n'ayant pas été divulgués en même temps, ce simple fait donnant lieu à

quatre condamnations distinctes entraînerait la relégation; bien plus, il dépendrait du caprice du parquet de faire reléguer ou non un prévenu; veut-il le faire reléguer, il poursuivra à quatre reprises différentes la répression des quatre vols dont la connaissance lui est parvenue en même temps; veut-il lui éviter cette mesure, il comprendra ces quatre vols dans la même poursuite. Il y a là une iniquité que l'article 365 (C. ins. crim.) a voulu écarter, et, si ses termes ne sont pas aussi explicites qu'il serait désirable, l'esprit du législateur est bien connu, et rien ne prouve que la loi de 1885 ait voulu y déroger. Donc nous assimilons l'hypothèse ci-dessus étudiée au cas d'une condamnation unique pour plusieurs délits. Reste à déterminer comment se fait le calcul dans cette hypothèse pour savoir si la condamnation compte ou non pour la relégation.

2° CONDAMNATION UNIQUE POUR PLUSIEURS INFRACTIONS. — Dans ce cas la jurisprudence et les auteurs sont d'accord pour reconnaître qu'il n'y a qu'une seule condamnation qui, à supposer que tous les délits qu'elle frappe soient de la nature de ceux qui sont prévus par l'article 4, ne compte que pour une seule. Nous venons de dire que nous n'admettions pas la différence injuste que l'opinion contraire faisait entre ce cas et celui où les poursuites n'ont pas été concomitantes. Quoi qu'il en soit, comment appliquera-t-on l'article 4 de notre loi? On sait que l'article 365 du Code d'instruction criminelle veut qu'au cas de conviction de plusieurs crimes ou délits la peine la plus forte soit seule prononcée.

Une opposition portant sur la portée juridique à attribuer à l'article 365 divise d'abord les auteurs et la jurisprudence en deux camps. Mais dans l'un de ces

camps, après avoir adopté le même principe, on se divise quant à l'application.

Premier système. — La jurisprudence toute entière, et quelques auteurs (1) soutiennent que la portée de l'article 365 consiste dans l'interdiction de faire subir cumulativement toutes les peines que méritent les délits cumulés : le principe du non-cumul ne réglerait que l'*exécution* de la peine ; en conséquence la peine unique prononcée frapperait en réalité tous les délits et non seulement celui contre lequel le Code édicte la peine la plus forte. Est-il possible que le juge constate l'existence de plusieurs délits et ne puisse prononcer une peine que contre un seul ? Le juge pourrait donc prononcer une peine spéciale pour chaque délit en déclarant que la peine la plus forte sera seule subie ; c'est cette déclaration qui fait le fond de l'article 365, c'est un maximum qui est posé. Ainsi en est-il quand le hasard a amené des poursuites distinctes aboutissant à des condamnations distinctes : chaque délit a eu sa peine, quoique en réalité une seule doive être subie.

Mais où l'on ne s'entend plus, c'est sur la fixation de la part contributive de chaque délit dans la durée de la peine totale ; cette ventilation, que rend nécessaire la fixation d'un certain taux par notre article 4, ne se comprend pas de la même manière chez les partisans de ce système. — Les uns, parmi lesquels MM. Garçon (2) et Berton (3), et quelques cours (4) proposent les distinctions suivantes : 1° Si le jugement

(1) M. Berton, n° 235.

(2) Loi des récidivistes, n° 49.

(3) M. Berton, n° 235.

(4) Arr., Montpellier, 4 fév. 1886. Sir., 1886, 2, 76. Arr., Bordeaux, 27 mai 1886. Arr., Paris, 8 avril 1886 (Dal., 1886, 2, 62) et 10 avril 1886 (Dal., 1886, 2, 63).

ou l'arrêt frappent deux délits compris dans notre article 4 mais pour lesquels cet article ne détermine pas un *quantum*, la condamnation comptera évidemment pour la relégation ; — 2° Si un *quantum* est exigé pour les deux délits et que le jugement établisse la part afférente à chaque délit, il suffira que l'un d'eux ait le *quantum* voulu pour que la condamnation compte ; — 3° Si un *quantum* est exigé pour les deux délits, mais que le jugement ne fixe pas cette part, le doute profite au condamné et il n'y aura pas lieu à relégation ; — 4° Si l'un des délits seul est prévu par l'article 4 et que cet article exige un *quantum*, à défaut d'indications fournies par le jugement, le doute profitera à l'accusé ; — 5° Si l'un des délits est prévu par l'article 4 mais sans *quantum*, à défaut d'indications, il y aura relégation, car on n'a pas besoin de savoir pour combien le délit spécial entre dans la peine puisqu'un taux, si peu élevé soit-il, suffit.

La Cour de cassation (1), jugeant probablement cette façon de compter fort peu pratique et voulant atteindre le plus grand nombre possible de récidivistes, admet une théorie très simple : 1° deux délits visés par la loi de 1885 punis d'une peine unique de plus de 3 mois d'emprisonnement forment une condamnation comptant pour la relégation, le *quantum* voulu étant atteint ; — 2° si un *quantum* n'était pas fixé, la condamnation compterait à plus forte raison ; — 3° si un seul délit est prévu avec *quantum* par la loi de 1885 et que la peine unique soit à plus de 3 mois, la condamnation compte ; — 4° si un seul délit est prévu sans *quantum* par la loi de 1885, la condamnation compte à plus forte raison. La raison déterminante pour la Cour suprême est qu'on ne saurait admettre que la culpabilité plus grande du

(1) Arr. Cass., 15 avril 1886. Sir., 1886, 1, 334.

prévenu, culpabilité que révèle la pluralité de délits, put le faire échapper à la relégation, par ce motif que la peine la plus forte est celle d'un délit qui n'est pas inscrit à l'article 4, ou par cet autre que la ventilation impossible profite au prévenu ; et la Cour de cassation ajoute qu'avec une solution contraire à la sienne un récidiviste, qui en serait à son dernier méfait rendant la relégation applicable, n'aurait qu'à commettre un autre délit non prévu mais puni de peines plus fortes pour que la confusion des peines le dispensât de la relégation ; moins on serait coupable et plus on serait certain d'être relégué.

Ces conséquences regrettables sont possibles ; elles ne nous empêchent cependant pas d'adopter un 2^e système, qui est soutenu par MM. Jambois (1) Tournade (2) et Albert Desjardins (3). Au cas de cumul d'infractions, ce que l'article 365 ordonne, c'est bien de ne frapper que le délit dont la peine est la plus forte ; le texte en effet est fort significatif : il ne dit pas que la peine la plus forte sera seule *subie*, mais sera seule *prononcée*. Toute distinction qu'on voudrait établir relativement à la part pour laquelle chaque délit contribue à la peine unique, viole donc directement ce texte. Qu'on critique cette solution, c'est possible, quoique pour nous il renferme une solution juste, mais qu'on torture le texte pour lui faire dire toute autre chose que ce qu'il dit, c'est ce que nous n'admettons pas. Les conséquences fâcheuses que la Cour de cassation invoque contre notre solution sont dues à l'imperfection parfois nécessaire de toute législation humaine.

(1) *Code pratique de la relégation*, p. 63.

(2) *Commentaires de la loi sur les récidivistes*, n° 16.

(3) *Le Droit*, 27 janv. 1886.

N'en rencontrons-nous pas de semblables dans d'autres hypothèses qu'on n'a pas eul'idée de critiquer ? Le condamné, qui récidive avant que sa première condamnation soit devenue définitive, n'est-il pas en dehors des termes des articles 56 à 58 du Code pénal ? aussi déclarons-nous que la loi est formelle et en tirons-nous les conséquences logiques qu'elle entraîne ; — 1° si les deux délits sont prévus par l'article 4 de la loi 1885, la condamnation comptera pour la relégation à condition qu'elle soit à plus de trois mois, si ce *quantum* est exigé et que la peine la plus forte comporte au moins ce taux ; s'il n'y a pas de *quantum* exigé, la même solution s'impose à plus forte raison ; — 2° si l'un des délits est prévu par l'article 4 et que le second ne le soit pas, on cherche quel est des deux délits celui qui entraîne la peine la plus forte ; si c'est le délit visé par l'article 4, la condamnation comptera, si un *quantum* est nécessaire et s'il est atteint ; si c'est le délit non prévu par l'article 4, la condamnation ne comptera pas ; — 3° dans cette même hypothèse, si les deux délits sont punis de peines égales, l'inculpé bénéficiera du doute ; — 4° nous appliquons la même solution même au cas où le délit visé par l'article 4 est exigé sans *quantum* ; en conséquence si le délit étranger est puni de la peine la plus forte, la condamnation ne comptera pas pour la relégation, quoiqu'un jour de prison suffise.

VI. — Quelles condamnations prévues par l'article 4 comptent en vue de la relégation ?

Nous avons déjà vu qu'il fallait des condamnations à certaines peines ou pour certains délits ou à des

peines d'une certaine durée; nous avons vu aussi que les condamnations politiques étaient exclues, que les condamnations militaires pouvaient dans certaines conditions être comptées facultativement par les tribunaux. Ce que nous voulons examiner dans ce paragraphe, ce sont les points suivants : la dernière condamnation, celle qui est prononcée en même temps que la relégation, compte-t-elle dans le nombre exigé par l'article 4? Quelle est l'influence de l'amnistie, de la grâce ou de la réhabilitation sur une condamnation; empêchent-elles de la faire compter pour la relégation?

La dernière condamnation qui parfait le nombre de celles qui, d'après l'article 4, entraînent la relégation, compte naturellement; la conséquence, c'est que cette mesure doit être prononcée aussitôt, sans quoi on violerait manifestement la loi, en exigeant en réalité une condamnation de plus que celles qui sont prévues. Tel est le sens du mot *encouru* de notre article; or une condamnation est encourue dès qu'elle est prononcée, en dépit des délais d'appel, d'opposition ou de pourvoi, alors même qu'elle n'est pas définitive.

Par ces derniers mots nous repoussons une objection tirée de ce qu'une condamnation non encore devenue définitive ne peut compter pour la relégation; oui cela est bien vrai, mais la relégation, mesure accessoire à la peine principale, ne deviendra définitive qu'en même temps qu'elle; donc ce sera bien une condamnation définitive comptant pour la relégation. Le juge, au moment où il prononce la peine principale, doit prononcer la mesure accessoire (art. 10) sans se préoccuper du jour où sa condamnation deviendra définitive. M. Marcou a donné des exemples en notre faveur qui n'ont pas fait l'objet de réclamations. Enfin,

la jurisprudence toute entière s'est prononcée en ce sens, et la question n'est plus guère discutée aujourd'hui.

Quant aux condamnations qui auront fait l'objet d'une grâce, soit comme remise totale, soit comme remise partielle de la peine, d'après les principes que nous connaissons, elles comptent pour la relégation (1). Il n'en est pas de même de celles qui ont été effacées par la réhabilitation (art. 5 loi du 27 mai 1885 — art. 634, Code d'inst. crim., modifié par la loi du 14 août 1885), ou par l'amnistie (2). Nous n'avons à ce sujet qu'à renvoyer aux explications que nous avons données dans notre première partie. Toutefois, la grâce, la commutation ou réduction de peine peuvent exercer un effet quant au calcul du délai dans lequel les condamnations exigées par l'article 4 doivent avoir été prononcées, c'est ce que nous allons examiner.

VII. — Ordre et délai dans lesquels les condamnations doivent avoir été encourues

L'article 4 débute en disant: « Seront relégués les récidivistes qui, *dans quelque ordre que ce soit et*

(1) Dans la séance de la Chambre du 7 mai 1883, M. Gatineau demanda la suppression de l'art. 5, sous le prétexte qu'il portait atteinte au droit de grâce du Président de la République en en limitant les effets. Il lui fut répondu avec raison que la grâce produit son effet quant à la peine, mais non quant à la condamnation qui subsiste : les principes veulent donc que la condamnation objet d'une grâce compte pour la relégation. Toutefois l'art. 15 conserve au Président son droit de faire porter la grâce aussi bien sur la relégation que sur la peine ordinaire.

(2) Cette dernière mesure, quoique réservée en pratique aux condamnations politiques qui n'entrent pas dans le calcul des condamnations emportant la relégation, peut cependant théoriquement tout au moins s'adresser à des infractions de droit commun.

dans un intervalle de dix ans, non compris la durée de toute peine subie, auront encouru les condamnations énumérées à l'un des paragraphes suivants. »

Les expressions « *dans quelque ordre que ce soit* » tendent à écarter complètement à cet égard les principes de la récidive du Code pénal qui se préoccupent de la gravité croissante ou décroissante des condamnations ; on sait que, d'après les articles 56 à 58 du Code pénal, il n'y a pas de récidive de peine correctionnelle à peine criminelle ; ici, au contraire, si l'on suppose par exemple deux condamnations à plus de 3 mois pour un des délits spécifiés au § 2 de l'article 4, puis la dernière condamnation à la réclusion, il y aura récidive au point de vue de la relégation qui devra être prononcée.

En outre le législateur exige que les condamnations aient été encourues *dans un intervalle de dix ans*. C'est un progrès sur le Code de 1810 ; c'est en effet la répétition d'infractions, dans un intervalle assez court, qui prouve le mieux l'incorrigibilité ; mais où la difficulté commence, c'est quand il s'agit de déterminer comment se calcule ce délai ; quel en est le point de départ, quelle en est l'extrême limite ? Si l'on s'en référait au droit rationnel, si même on s'en rapportait aux solutions que fournit le Code pénal pour la seule hypothèse où un délai est fixé pour la récidive, nous voulons parler de la récidive de contravention à contravention (art. 483), on aboutirait aux conséquences suivantes : la date à partir de laquelle on compte les 10 années en arrière devrait être celle de la dernière infraction et non celle de la condamnation qui intervient pour la réprimer ; en effet si la loi aggrave le châtimement, c'est parce que la nouvelle faute est arrivée dans le délai voulu après

l'avertissement d'une précédente condamnation ; peu importe que la condamnation intervienne sur-le-champ ou que les lenteurs de l'instruction en retardent l'époque, c'est au moment de la dernière infraction qu'on peut faire au récidiviste le reproche de son incorrigibilité. Telle est la solution de l'art. 483 du Code pénal ; la Cour de la cassation, sans avoir eu cependant à statuer directement sur ce point, a semblé pencher vers la même solution pour notre cas dans des arrêts des 11 mars, 10 et 18 juillet 1886, elle parle un langage qui paraît admettre ce système : « attendu, dit l'arrêt du 11 mars 1886, que c'est dans la période qui précède immédiatement le *nouveau délit* qu'il faut rechercher si le prévenu s'est mis dans la condition exigée pour la relégation, etc. » Toutefois la question spéciale n'a pas été résolue expressément, et des auteurs pensent que si ce cas se présentait la Cour suprême n'adopterait peut-être pas cette solution. Une difficulté pratique se présentant quand la date de l'infraction n'est pas déterminée et que l'acte d'accusation est obligé de se formuler ainsi : *depuis moins de 10 ans, depuis moins de 3 ans*, nous ne croyons pas impossible ce revirement dans la jurisprudence qui trouverait dans la date de la dernière condamnation un point de départ toujours précis. Mais cette difficulté pratique ne serait pas une raison pour faire échec à un principe rationnel (1), si malheureusement le texte formel de l'art. 4 ne condamnait pas la solution qui nous paraît la plus raisonnable : en effet, l'art. 4 n'exige qu'une chose, *les condamnations encourues*,

(1) Le doute si on ne parvenait pas à fixer au moins une période certaine dans laquelle le délit se plaçant se trouverait encore dans le délai de 10 ans, profiterait à l'accusé.

peu importe la date des infractions ; et l'article 10 confirme cette idée en ordonnant que la relégation soit prononcée en même temps que la peine de la dernière infraction, et puisque cette dernière condamnation compte, c'est qu'elle est au moins le point départ du délai de 10 ans.

Pour les autres condamnations, il faut que leur date rentre dans ce délai de 10 ans (non compris la durée de la peine subie) ; pour la première condamnation rien de plus conforme à la raison, qu'on ne prenne pas ici en considération la date du premier délit, cela se comprend, car ce qui fait l'aggravation de culpabilité qu'on reproche au récidiviste, c'est le mépris qu'il a fait d'un précédent avertissement, lequel avertissement est la condamnation elle-même et non le fait coupable.

Etant donné qu'il faudra toujours prendre comme date celle des condamnations, il reste à préciser la date exacte d'une condamnation. Nous ne voulons pas revenir sur tous les détails que nous avons déjà donnés ; disons seulement que le jugement qui n'est pas attaqué par l'une quelconque des voies de recours possibles, devient définitif à l'expiration des délais ; alors il date du jour où il devient définitif, c'est de ce jour seul qu'il constitue l'avertissement, qui est le point de départ de la récidive. Quoique les termes de l'article 4 soient peu explicites, c'est cette solution qui doit l'emporter, car pour qu'un passé soit reproché à un coupable, il faut que ce passé soit irrévocablement établi. La jurisprudence n'adopte cependant pas ce principe ; la date est celle de la condamnation, s'il n'y a pas eu recours. Mais tout le monde s'accorde à dire qu'au cas d'appel ou de pourvoi en cassation c'est la date de l'arrêt ou du jugement rendu après

cassation qui doit être prise en considération avec les distinctions qu'on établit différemment suivant l'une ou l'autre théorie.

Une nouvelle discussion s'est engagée sur le point de savoir quelle était la date exacte de la dernière condamnation. Nous qui admettons qu'on devrait rationnellement prendre la date de l'infraction et non celle de la condamnation, nous ne prendrons parti qu'au point de vue de l'interprétation rigoureuse des textes et des principes ordinaires relatifs à la date. M. Berton (1), adopte l'idée que la date est celle où les voies de recours sont épuisées ; ce système qui semble se rapprocher de ce que nous disions plus haut, a cependant besoin d'être expliqué, car pour M. Berton, si les délais sont expirés sans appel ni pourvoi, la date sera celle de la condamnation, tandis que pour nous c'est celle de l'expiration de ces délais sans appel ni pourvoi ; mais M. Berton veut dire qu'en cas d'appel ou de pourvoi c'est la date de l'arrêt ou du jugement rendu après cassation qui serait à considérer.

M. Laborde (2), tout en ne trouvant pas d'autre solution, fait remarquer les conséquences désastreuses de ces principes. Si la dernière limite du délai de dix ans expire dans le délai d'appel ou de pourvoi relatif à la dernière condamnation, il dépendra du prévenu en faisant appel ou en formant un pourvoi de rendre la relégation impossible, la Cour ou le tribunal nouveau ne trouvant plus, au moment où sa décision est rendue, le nombre de condamnations voulues par l'article 4, puisque l'une vient de sortir du délai de dix années ; est-il possible

(1) *Code pratique de la relégation*, n° 124 et suiv.

(2) *La Loi*, 22 mai 1886.

que cette mesure soit à la merci d'un prévenu ? ou même du tribunal ou du ministère public qui en retardant la condamnation ou la poursuite peuvent rendre la relégation inapplicable ? On a répondu avec raison que cet arbitraire est une conséquence inévitable des principes : du reste le tribunal, malgré le caractère obligatoire de la relégation, n'a-t-il pas en pratique le pouvoir d'y soustraire qui il veut en réduisant la dernière peine au-dessous du taux voulu par l'article 4 ? Des exemples de résultats analogues se retrouvent à chaque pas dans la loi ? Nous en verrons au sujet de l'application de l'article 6. Ils sont regrettables, mais il est encore préférable de les subir que de rayer du Code des principes aussi fondamentaux que celui qui veut, qu'on ne tienne pas compte à un prévenu d'une condamnation qui peut tomber par suite d'appel ou de pourvoi. M. Tournade (1) a voulu pour éviter ces inconvénients soutenir que la Cour qui juge sur appel, pour apprécier la situation du prévenu, devait se placer au moment où le premier jugement intervenait ; est-il besoin de réfuter une pareille rétroactivité d'une décision pénale, rétroactivité qui ne se comprendrait qu'en faveur de l'accusé, ce qu'a fait du reste le législateur quand il calcule la durée de la peine ?

Une dernière question a été soulevée relativement à ce délai de dix ans. Cette période decennale, ont dit quelques arrêts (2), peut être prise à une époque quelconque de la vie du condamné. Sur quel motif peut bien se fonder une pareille doctrine ? Tout au plus sur ce que l'article 4 parle d'une période de dix ans, sans spécifier autrement. La Cour de cassation a fait jus-

(1) *Commentaire de la loi sur les récidivistes*, p. 29.

(2) Arr., Chambéry, 4 fév. 1886, sous un arr. cass. du 11 mars 1886. Sir., 1886, 1, 330.

tice de cette théorie (1). En effet, la nature de ce délai est une sorte de prescription spéciale à la relégation ; le point de départ est la dernière condamnation, la limite extrême est dix ans avant ce point de départ ; les condamnations remontant plus haut sont en quelque sorte oubliées, quant à ce qui concerne la relégation ; ce sont les années qui précèdent la dernière condamnation qui doivent démontrer l'incorrigibilité ; le défaut de condamnations suffisantes dans la dernière période de dix ans est au contraire un signe d'amenagement que la loi nouvelle doit plutôt favoriser.

« *Non compris la durée de toute peine subie* ». — Cela veut dire que la période de dix ans, dont nous venons de parler, est augmentée du total de la durée des différentes peines subies à raison de toutes condamnations prononcées dans ce délai ; et le même calcul s'opérera tant qu'on n'aura pas rencontré le nombre de condamnations voulues encourues dans le délai de dix années de liberté. Si le condamné non encore relégable commet sa dernière infraction en prison, le délai sera augmenté de la durée de la peine effectivement subie au moment où est prononcée la condamnation qui le relégue. La commission du Sénat avait remplacé le mot *subie* du projet voté par la Chambre par le mot *encourue*, par ce motif qu'en exigeant que la peine fût effectivement subie on faisait une faveur aux coupables les moins dignes d'intérêt, les évadés, etc. pour lesquels le délai serait moins étendu que pour ceux qui auraient subi en entier leur peine. M. Herbette, commissaire du Gouvernement, réclama l'adoption du mot *subie*, parce que d'une part le condamné n'a pas de mérite à ne pas délinquer en prison,

(1) Arr. Cass., 11 mars 1886, cassant l'arrêt de Chambéry du 4 fév. 1886.

et qu'il fallait juger l'incorrigibilité d'après la liberté effective du récidiviste, et parce que d'autre part avec les mots *peine encourue* on allongerait par trop le délai de dix ans en cas de condamnation par défaut et qu'il y aurait injustice à l'allonger pour les condamnés graciés, pour qui la faveur dont ils ont été l'objet deviendrait une cause d'infériorité relativement à ceux qui ne l'ont pas obtenue. La commission du Sénat céda pour ne pas prolonger le débat, mais elle n'en protesta pas moins contre le texte actuel (1).

Quel est le point de départ de la peine subie ? Toute détention préventive ne se défalque pas : ce n'est pas une peine ; mais où finit la détention préventive, et où commence la peine ? Si la peine prononcée est l'emprisonnement, d'après l'article 24 du Code pénal, ce point de départ est la date du jugement, s'il n'y a eu ni appel ni pourvoi ; ou si l'appel n'a pas été formé par le condamné, ou si la condamnation a été réduite sur l'appel du condamné ; si la condamnation a été confirmée ou augmentée après appel du condamné le point de départ change, c'est celui de l'arrêt ; il n'y a rien à tirer par analogie des solutions que nous avons données pour le calcul de la date des condamnations ; si la loi fait ainsi remonter la peine, c'est par une raison d'humanité et de justice qui est louable. Mais l'article 23 du Code pénal a dérogé à cette pensée fort raisonnable et a fait preuve de peu de logique en ne faisant courir les autres peines (travaux forcés ou réclusion) que de l'expiration des délais du pourvoi, c'est-à-dire cinq jours après la date de l'arrêt.

Quand finit la peine subie ? Si aucune circonstance

(1) Sénat, séance du 13 fév. 1885 (*Offic.* du 14, p. 140).

n'est venue modifier la situation du condamné, la peine subie va du point de départ ci-dessus fixé jusqu'à l'expiration de la durée entière de la peine prononcée ; mais il se peut que des circonstances viennent modifier cette situation. La loi du 5 juin 1875 réduit d'un quart la durée d'une peine subie en cellule ; le délai de 10 ans sera augmenté du temps effectif passé en prison, c'est-à-dire de $\frac{3}{4}$ de la durée de la peine prononcée. La peine a été diminuée par suite de la grâce, on n'augmente le délai que de la peine effectivement subie. *Quid* au cas de réhabilitation ? Avant 1885, la réhabilitation n'effaçant pas la condamnation, il n'y aurait eu aucune difficulté ; le délai aurait été augmenté de la peine subie. Mais la loi du 14 août 1885 ayant donné à la réhabilitation un effet absolu, la condamnation est considérée comme inexistante ; augmentera-t-on le délai de la durée de la peine subie ? A s'en tenir aux motifs qui ont fait adopter notre texte, on devrait répondre affirmativement puisque le réhabilité n'a pas eu de mérite à ne pas délinquer pendant qu'il était en prison ; cette solution est vraie en dépit du nouveau caractère donné à la réhabilitation par la loi du 14 août 1885 : quoique cette loi semble désirer l'oubli le plus absolu pour toute condamnation qui a fait l'objet d'une réhabilitation, cet oubli ne peut cependant aller jusqu'à faire que certains faits n'aient pas existé : et la détention est un de ces faits. Donc la durée de cette détention s'ajoutera au délai dont nous nous occupons en ce moment.

ARTICLE V

Conditions mises à l'application et à la rétroactivité de la loi du 27 mai 1885

Après des hésitations dues à la crainte de voir l'opinion publique s'effrayer d'un retard mis à l'application d'une loi qui lui semblait urgente, les rédacteurs de la loi considérèrent néanmoins qu'une loi, dont tous les détails d'exécution étaient renvoyés à un règlement d'une confection longue, ne pouvait raisonnablement être exécutoire avant que l'application en fût pratiquement possible. Aussi fut-on obligé d'y insérer un article 21 qui retarde l'exécution de la loi jusqu'à la promulgation d'un premier règlement, qui devait paraître dans un délai de six mois, règlement qui a la date du 26 novembre 1885. La relégation ne put donc être prononcée qu'après les délais de promulgation du règlement du 26 novembre 1885. Mais une question se posait : une infraction commise avant la promulgation du règlement, mais jugée après, entraînait-elle relégation, à supposer qu'elle fût la dernière d'un des cas énumérés à l'article 4 ? L'article 9 que nous allons étudier exige pour la rétroactivité de la présente loi une *condamnation nouvelle* postérieure à la promulgation. Il semble qu'on n'ait pas à se préoccuper de la date du délit : quoiqu'il soit antérieur à la promulgation, la condamnation est *nouvelle*, et il semble qu'on soit dans les termes de la loi. Non ; la jurisprudence a repoussé avec raison ce système ; la loi est censée n'avoir été promulguée qu'en même

temps que le règlement qu'elle prévoyait (sauf le cas de l'article 19 que nous étudierons) ; or la situation d'un coupable ne peut être aggravée par ce seul fait qu'une mesure plus sévère vient à être votée et promulguée entre la date de son infraction et celle de sa condamnation ; il ne doit pas souffrir des lenteurs de la justice (1).

Effet rétroactif de la loi du 27 mai 1885

L'urgence de la loi nouvelle fit insérer un article 9 qui est ainsi conçu : « Les condamnations encourues antérieurement à la promulgation de la présente loi seront comptées en vue de la relégation conformément aux précédentes dispositions. Néanmoins tout individu qui aura encouru avant cette époque des condamnations pouvant entraîner dès maintenant la relégation, n'y sera soumis qu'en cas de condamnation nouvelle dans les conditions ci-dessus prescrites. »

En l'absence de cet article, les principes (a. 2, Code civil) nous auraient conduit à exiger, pour que la relégation fût appliquée, que toutes les condamnations voulues par l'art. 4 (et même toutes les infractions) fussent postérieures à l'époque où la loi nouvelle devenait exécutoire. Ce principe s'impose surtout en matière pénale où il y aurait injustice à frapper des individus d'une mesure dont la loi ne les menaçait pas au moment du délit. C'est cependant ce qu'a fait le législateur de 1885 ; il en avait le droit, la rétroactivité même d'une loi pénale n'étant pas un principe constitutionnel ; mais il n'en est pas moins vrai que

(1) Arr. Cass., 25 mars 1886, Sir., 1886, 1, 332.

s'il a été poussé par les nécessités pratiques, il a violé toute justice; la relégation est une conséquence légale d'un certain nombre de condamnations dont chacune concourt à la faire appliquer, en sorte que, puisqu'on attache rétroactivement cet effet aux condamnations antérieures, nous nous trouvons absolument dans le cas d'une loi nouvelle qui aurait une disposition ainsi conçue : quiconque antérieurement à la loi nouvelle aura été condamné à telle peine, sera soumis à telle mesure pénale nouvelle. On a beau dire que cette rétroactivité n'a rien d'injuste, puisqu'il faudra au moins une condamnation postérieure à la loi pour faire prononcer la relégation, et que le coupable qui s'y expose sait parfaitement ce qui l'attend ; nous répondrons que ce dernier est traité inégalement, si on le compare à celui à qui il faut encore le nombre complet de condamnations, il n'a pas eu pour l'arrêter dans ses infractions antérieures la menace salutaire que le second aura, et une loi qui n'a pas averti ne doit pas frapper.

Le législateur n'a pas osé aller jusqu'au bout dans cette voie ; il aurait été logique et en tous cas n'aurait pas été plus injuste, en déclarant que pour celui qui aurait, avant la promulgation de la loi nouvelle, le nombre de condamnations suffisant pour la relégation, pas besoin ne serait d'une condamnation nouvelle ; le tribunal qui aurait prononcé la dernière condamnation aurait été autorisé, par exception à l'art. 10, à faire traduire à nouveau le condamné devant lui pour prononcer la relégation. — Le législateur de 1885 n'a pas osé aller jusque là, et il a exigé pour ceux dont le passé était complet, suivant le langage adopté par la doctrine, *une nouvelle condamnation*. Nous venons de dire, il y a un instant, ce qu'il fallait entendre par

nouvelle condamnation : la dernière infraction doit être postérieure à la promulgation. Il ne faut pas attacher une importance exagérée à une expression dont le législateur n'a certainement pas mesuré la portée et dont l'interprétation judaïque serait contraire aux principes et à l'équité.

La fin de l'article 9 veut que la nouvelle condamnation soit dans les *conditions ci-dessus prescrites*. — Cela veut-il dire, comme l'ont décidé les cours de Montpellier et de Bourges (1), qu'il suffira d'une condamnation quelconque visée par l'art. 4, pour que la relégation puisse être prononcée? Un exemple serait celui d'un homme qui ayant, avant la loi, été condamné quatre fois pour vol à plus de trois mois de prison, serait après la loi nouvelle, condamné à un mois de prison pour vagabondage simple : serait-il relégué en vertu de l'art. 4? Non, tel n'est pas l'esprit de la loi ; les mots *conditions ci-dessus prescrites* se réfèrent à la nature des condamnations, à leur *quantum*, et aussi aux catégories déterminées par l'art. 4. Donc ce qu'il faut, c'est que la condamnation nouvelle rapprochée d'un certain nombre de condamnations antérieures rentre dans l'un des quatre cas de relégation dont nous avons parlé (2).

ARTICLE VI

Procédure et compétence

A. COMPÉTENCE. — Nous avons vu que l'art. 2 donne compétence, pour prononcer la relégation aux Cours

(1) Arr., Montpellier, 25 fév. 1886. Sir., 1886, 2, 78.— Arr., Bourges, 21 janvier 1886. Sir., 1886, 2, 75.

(2) Arr. Cass., 16 avril 1886. Sir., 1886, 1, 334.

et tribunaux ordinaires à l'exclusion de toutes juridictions spéciales et exceptionnelles, et nous avons dit que ce texte excluait principalement les tribunaux militaires de terre ou de mer, à l'exception des conseils de guerre des territoires de commandement en Algérie à l'égard des indigènes (a. 20).

Mais que faut-il entendre par *cours et tribunaux ordinaires* ? De nombreux amendements formulés au cours de la discussion demandaient pour la dernière condamnation qui devait entraîner la relégation la compétence spéciale du jury, même lorsque la dernière infraction n'était qu'un délit de la compétence des tribunaux correctionnels. Les uns y voyaient un adoucissement à une mesure qu'ils jugeaient barbare et sur laquelle l'opinion publique représentée par le jury devait seule se prononcer : d'autres prétendaient que la relégation, comme toutes les peines perpétuelles, ne pouvait être prononcée que par le jury, le tribunal correctionnel n'ayant pas le pouvoir de prononcer une peine perpétuelle, et que l'objection tirée de ce que l'accumulation d'infractions ne peut donner lieu à un véritable privilège de juridiction, ne reposait sur aucun fondement : car en réalité les gens que vise la loi sont plus intéressants qu'il ne semble, ayant succombé à une sorte de fatalité dont le jury seul peut apprécier la réalité (1).

Cette prétention, qui pouvait se concevoir, si la relégation avait été déclarée facultative, n'a plus aucune raison d'être en présence d'une loi qui déclare la relégation obligatoire et l'attache à la dernière condamnation comme une conséquence légale de la série de condamnations qui l'entraînent. A supposer même

(1) Discours de M. Versigny. Chambre, séance du 26 avril 1883 (*Offic.*, du 27).

que la relégation soit facultative, ce privilège ne se concevrait pas ; sans parler du peu d'intérêt mérité par les gens que la relégation peut atteindre, ce qui ne serait pas une raison suffisante, on peut répondre que la relégation, qui n'est pas une peine, peut parfaitement s'ajouter comme mesure perpétuelle à une condamnation à une peine temporaire prononcée par un tribunal correctionnel ; nous en avons vu des exemples : donc il n'y avait pas de motif spécial pour faire exception aux règles ordinaires de compétence. Peuvent par conséquent prononcer la relégation : les tribunaux correctionnels, les chambres d'appels correctionnels, et les Cours d'assises, les mêmes tribunaux qui ont prononcé les précédentes condamnations.

Ces tribunaux ordinaires, il est à peine besoin de le dire, sont des tribunaux français ; peu importe qu'ils condamnent pour des faits commis à l'étranger, mais jugés en France, en vertu des articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle. Quant aux condamnations qui concourent à la relégation, il est évident qu'elles doivent avoir été prononcées soit par des tribunaux français soit par des tribunaux autrefois français à l'époque du jugement. Un amendement proposé par M. Fréry (1) voulait qu'on comptât les condamnations prononcées à l'étranger contre des Français ou même des étrangers, parce qu'ils sont, comme les autres, des récidivistes dangereux et qu'ils constituent un péril sérieux pour les départements-frontière.

Il a été répondu avec raison que les principes les plus fondamentaux du droit international s'opposent à cette solution ; le remède à cette situation sera l'expulsion des étrangers en vertu de la loi du 3 décembre

(1) Chambre, séance du 7 mai 1883 (*Offic.*, du 8).

1849; et s'ils réunissent le nombre voulu de condamnations prononcées en France, ils seront relégués, les lois de police et de sûreté atteignant tous ceux qui habitent le territoire (a. 3 du Code civil). Remarquons, ce qui avait fait doute, que l'arrêté d'expulsion pris en vertu de la loi de 1849 ne fait pas obstacle à ce que la relégation soit prononcée, l'arrêté d'expulsion n'étant qu'une simple mesure administrative sur lequel le gouvernement peut toujours revenir.

B. PROCÉDURE. — En principe, sauf l'exception notable apportée par l'article 11, on suit la procédure ordinaire. M. le général Robert (1) avait présenté un amendement tendant à ce que à l'avant-dernière condamnation comptant en vue de la relégation le président du Tribunal ou de la Cour fut obligé à avertir le condamné qu'à la prochaine condamnation dans les conditions voulues par la loi il serait relégué. Cette menace, disait-il, était de nature à faire réfléchir, donnait à la publicité de la loi un effet salutaire, et n'en rendait que moins excusable celui qui, malgré l'avertissement, s'exposerait à la nouvelle mesure. La sanction de cette obligation, dont l'accomplissement devait être consigné dans l'avant dernier jugement, serait l'impossibilité de prononcer la relégation la fois suivante ou la nullité si elle était prononcée à tort. L'amendement fut retiré sur cette observation du rapporteur, M. de Verninac, que cela ne pouvait être imposé par une loi, mais le serait par une circulaire. L'expérience a prouvé que le général Robert avait dans ce cas péché par excès de confiance.

Aux règles ordinaires de la procédure pénale, l'article 11 de notre loi apporte l'exception notable formulée

(1) Sénat, séance du 13 février 1885.

en ces termes : « Lorsqu'une poursuite devant un tribunal correctionnel sera de nature à entraîner l'application de la relégation, il ne pourra jamais être procédé dans les formes édictées par la loi du 20 mai 1863, sur les flagrants délits. — Un défenseur sera nommé d'office au prévenu, à peine de nullité. »

Cet article fut ajouté à la suite d'un amendement de MM. Granet et Jullien (1). On ne voulut pas qu'une décision prononçant une mesure perpétuelle et grave pût être rendue à la hâte, sans qu'on ait le temps de connaître exactement les antécédents d'un prévenu, et sans que celui-ci, ordinairement sans ressources ou sans lumières, ait un défenseur. Cette mesure, dont on comprend la portée, qui ne s'applique qu'aux individus ayant le nombre de condamnations moins une nécessaire à la relégation et étant poursuivis pour faits qui peuvent y aboutir, cette mesure, disons-nous, ne s'applique pas aux poursuites criminelles devant la Cour d'assises, pour lesquelles il n'y a pas de procédure de flagrant délit et il y a toujours un défenseur. Mais pour les poursuites devant un tribunal correctionnel le défenseur n'est pas obligatoire, et en cas de flagrant délit, la loi de 1863 autorise l'emploi d'une procédure spéciale expéditive, et le prévenu peut être traduit après trois jours (a. 4, loi de 1863).

L'exclusion de la procédure des flagrants délits ne donne lieu à aucune difficulté sur le sens à lui attribuer. Il n'en est pas de même de la nécessité d'un défenseur. Défenseur d'office, dit l'article 2, et des interprètes de déclarer que, cette désignation étant à peine de nullité, il faut que le défenseur soit nommé d'office ; un défenseur pris volontairement par le pré-

(1) Chambre, séance du 28 juin 1883.

venu ne rentrerait pas dans les termes de la loi ; et ils argumentent d'un rapprochement entre notre article et l'article 294 du Code d'instruction criminelle qui lui donne le choix. Il est à peine besoin de dire qu'une loi doit être interprétée avec le bon sens : le vœu de la loi est que le prévenu soit défendu par un homme plus habile ; le prévenu, s'il choisit ce défenseur, n'est-il pas le mieux à même de faire un choix qui soit en sa faveur ; il en est ainsi en Cour d'assises ; une différence avec une poursuite correctionnelle n'aurait pas la moindre raison d'être. Ce défenseur peut être un avocat ou un avoué (a. 245, C. inst. crim.); enfin il doit être désigné assez à temps pour qu'il réponde au vœu de la loi en assistant utilement le prévenu.

Que décider si la poursuite est par défaut ? Evidemment on ne peut défendre un prévenu malgré lui ; il n'y a pas de représentation possible. La relégation prononcée par défaut sera-t-elle nulle en vertu de l'article 2 ? Non ; ce que la loi veut, c'est que le prévenu soit aidé d'un défenseur ; si le prévenu fait défaut, il n'a pas à être assisté, puisqu'il ne se défend pas lui-même ; et il faut donner ici la même solution que pour les condamnations par contumace prononcées sans qu'il y ait ni jurés ni défenseur, quoique le Code exige ce défenseur en Cour d'assises.

L'omission de la nomination d'un défenseur entraîne la nullité de la procédure et du jugement ainsi rendus. Cette nullité s'applique-t-elle aussi au cas du § 1, lorsqu'on a suivi pour un relégable la procédure des flagrants délits ?

M. Laborde (1) prétend que la nullité n'atteint pas tous les cas où il a été procédé d'après la loi du

(1) *La Loi*, 22 mai 1886.

20 mai 1863. Il se fonde sur les travaux préparatoires; l'auteur de l'amendement qui a été l'origine de l'article 11, M. Jullien, précisait sa pensée en déclarant qu'il avait pour but d'empêcher qu'un relégable pût être traduit dans les *vingt-quatre heures* devant le tribunal : cela ne pouvait viser le cas où un délai de trois jours a été accordé en vertu de l'article 4 de la loi de 1863, puisqu'en employant la procédure ordinaire, après la clôture de l'instruction, on peut citer à trois jours francs (a. 132, § 2, C. inst. crim.) période pendant laquelle a lieu la communication du dossier. Donc l'amendement ne visait que la comparution à bref délai des articles 1 et 2 de la loi de 1863; et une nullité, qui du reste n'est prononcée qu'à la fin du deuxième § de notre article et ne pouvait pas viser le premier, doit au moins être restreinte d'après l'intention du législateur. Ce système, qu'un jugement du Tribunal correctionnel de Gannat (1) avait consacré, a été repoussé par la doctrine et la jurisprudence (2); en effet, de deux choses l'une, ou les mots *à peine de nullité* ne s'appliquent pas au § premier, ou ils s'y appliquent, mais totalement; cette distinction entre les articles 1 et 2 d'une part et 4 d'autre part de la loi de 1863 n'existe pas dans le texte, et l'intention du législateur était bien de ne pas l'établir et de donner à l'omission de ses prescriptions la nullité pour sanction. Qu'importe l'exemple qu'a pu prendre un orateur, si la loi de 1863 est toute entière visée ?

Mais en pratique une difficulté a surgi. Que doit faire le tribunal devant lequel on a fait comparaître un relégable, sans avoir obéi aux prescriptions de l'article 11 ? Que doit faire une Cour devant laquelle on a appelé

(1) 23 janvier 1886.

(2) Arr. Cass., 10 juin 1886. Sir., 1886, 1, 397.

d'une décision rendue par un tribunal correctionnel en dépit des prescriptions du dit article ? Si le tribunal s'aperçoit de l'irrégularité, il n'aura qu'à annuler la procédure antérieurement faite et à se déclarer saisi illégalement : l'affaire est remise à l'état où elle était avant toute poursuite, et on recommencera une nouvelle procédure dans les formes voulues.

Supposons maintenant qu'à la suite d'une procédure de flagrant délit le tribunal ne prononce pas une relégation encourue, parce qu'il ignore les antécédents pour une cause ou pour une autre, ou qu'il la prononce contrairement à l'article 11. Appel est interjeté par le ministère public ou même par le prévenu (dans le deuxième cas), pour faire rectifier l'omission ou réparer l'irrégularité. La Cour peut-elle évoquer le tout et statuer sur le fond en vertu de l'article 215 du Code d'instruction criminelle ? Oui, a répondu la Cour de cassation (1), la loi nouvelle n'ayant pas dérogé à cet article. Non, ont répondu la majorité des auteurs et presque toutes les Cours ; car pour que la Cour puisse évoquer en vertu de l'article 215, encore faut-il que l'exploit introductif soit valable ; or ici tout est nul et le prévenu se trouve dans la situation d'un homme qui n'a encore été l'objet d'aucune poursuite ; tout est à recommencer et il faut qu'il suive les deux degrés de juridiction ; à cette règle l'article 215 fait exception, nous le voulons bien, mais il faut au moins, répétons-le, que le premier acte de la poursuite soit valable ; il ne permet l'évocation que si le jugement primitif seul est nul pour omission de formalités. Donc la Cour, en présence de cette situation, doit tout annuler ; et l'affaire revient devant le Tribunal correctionnel après une

(1) Arr. Cass., 2 juillet 1886. Sir., 1886, 1, 398. — 25 juillet 1886. Dal., 1886, 1, 480.

procédure régulière nouvelle. Du reste la Cour, qui évoquant voudrait juger l'affaire, commettrait la même illégalité que le Tribunal, puisque la procédure n'en resterait pas moins celle du flagrant délit. Il n'est pas vrai de dire que le juge du premier degré en prononçant sur le fond s'est dessaisi irrévocablement et qu'il ne peut plus connaître de sa sentence ; car tout est nul, procédure et jugement, c'est absolument comme si le prévenu comparaissait pour la première fois devant lui.

Supposons la procédure régulière et le défenseur d'office nommé : le tribunal ou la Cour doit prononcer la relégation en même temps que la peine de la dernière infraction (art. 10). Cet article a été voté malgré un amendement proposé par MM. Jullien, Floquet et Lockroy (1) qui voulait qu'un intervalle séparât les deux décisions ; mais comme cet amendement reposait sur le système de la relégation facultative, afin de donner le temps aux tribunaux de la prononcer en connaissance de cause, il devenait inutile après l'adoption du caractère obligatoire de cette mesure. Du reste, la relégation étant accessoire, il était conforme aux principes d'exiger qu'elle fût prononcée en même temps que la peine principale. Mais qu'arrive-t-il si le tribunal, à la suite d'une erreur dans le casier judiciaire, ou par oubli, ne prononce pas la relégation ? Si l'on est encore dans les délais d'appel, le ministère public pourra faire réparer l'omission en interjetant appel ; mais si le délai est expiré, ou si l'appel n'est interjeté que par le condamné seul, l'oubli profite à ce dernier et la Cour n'a pas le droit de réformer le jugement qui a commis l'erreur, en prononçant la

(1) Chambre, séance du 25 juin 1883 (*Offic.*, du 26, p. 1437).

relégation, quand l'appel n'a été formé que par le relégable seul. Il en serait de même au cas où un individu passible de la relégation a pris un faux nom qui l'a sauvé de la relégation. Mais si le condamné, sujet de l'omission, vient à être repris pour une nouvelle infraction dans les conditions de l'art. 4, il ne sera pas besoin pour le reléguer qu'il parcoure à nouveau la série : il sera assimilé à cet égard au condamné contre lequel l'art. 9 fait état des condamnations antérieures à la promulgation de la loi nouvelle.

Enfin l'article 10 exige que le jugement prononçant la relégation visé les condamnations qui l'entraînent. La preuve de l'identité et des condamnations se fera d'après les moyens que nous connaissons. Mais la formalité du *visa* est essentielle, et l'omission peut donner lieu à cassation. Les mentions nécessaires n'étant pas indiquées par la loi, il faudra qu'elles soient suffisantes pour qu'on puisse savoir si les condamnations sont dans les conditions voulues par l'article 4; en pratique il faudra leur date, leur *quantum*, la nature de la peine, la nature du fait si c'est un délit spécifié par l'article 4, la juridiction qui a statué; et si la distance qui sépare ces condamnations exige qu'on défalque les peines subies pour allonger le délai, le jugement devra également le relater. En un mot, il faut qu'on trouve dans le texte du jugement toutes les énonciations nécessaires pour qu'on puisse se rendre compte si la relégation était ou non applicable.

ARTICLE VII.

Exceptions apportées par la loi à l'application normale de la relégation.

Ces exceptions peuvent être rangées en plusieurs catégories; les unes sont prononcées soit directement soit indirectement par la loi elle-même, et alors la relégation ne peut pas être prononcée : ce sont ce que nous appellerons les dispenses légales; d'autres n'empêchent pas la prononciation de la relégation par les tribunaux, mais permettent au pouvoir exécutif ou à l'administration de dispenser de l'exécution de la mesure en tout ou en partie; ce sont les dispenses par voie de grâce ou administratives; d'autres enfin permettent aux tribunaux sous certaines conditions de relever un condamné de la relégation : ce sont les dispenses judiciaires.

A. — DISPENSES LÉGALES. — En principe, lorsque les conditions de l'article 4 ont été réunies, lorsque la procédure a été régulière et le tribunal compétent saisi, tout individu, Français ou étranger, de l'un ou l'autre sexe, quel que soit son âge, est soumis à la relégation.

A ce principe une seule exception est apportée par la loi elle-même par l'article 6, et dans ce cas la relégation ne peut pas être prononcée. Voici en quels termes elle est formulée : « La relégation n'est pas applicable aux individus qui seront âgés de plus de 60 ans ou de moins de 21 ans à l'expiration de leur peine. — Toutefois les condamnations encourues par le mineur de 21 ans compteront en vue de la relégation, s'il est, après avoir atteint cet âge, de nouveau condamné dans les conditions prévues par la présente

loi. » Le motif de cette exception est qu'on ne peut pas, malgré tout, considérer comme définitivement incorrigibles des jeunes gens qui à l'expiration de leur dernière peine n'auraient pas encore 21 ans, et que, quand un homme atteint 60 ans, il y aurait cruauté à l'envoyer dans une colonie lointaine, où du reste il ne serait plus propre à la colonisation. Nous verrons tout à l'heure les mesures spéciales qui, pour ces deux catégories, remplacent la relégation.

Quel calcul devra faire le tribunal pour savoir si l'article 6 est applicable ? Se plaçant au moment où il prononce cette condamnation, il ajoutera à l'âge actuel du condamné le temps pour lequel il prononce la peine dite principale ; et si ce calcul donne pour le condamné au dernier jour de cette peine un âge inférieur à 21 ans ou supérieur à 60 ans, la relégation ne devra pas être prononcée. Ce mode de calcul a été parfaitement précisé dans le cours de la discussion par une interrogation de M. Herbette (1). — Quelques explications cependant doivent être fournies sur quelques cas qui ont fait doute. On sait que la loi du 5 juin 1875 réduit de $\frac{1}{4}$ la durée de toute peine subie en cellule ; les juges doivent-ils tenir compte de cette éventualité pour faire le calcul que nous venons d'indiquer ? L'intérêt est considérable, prenons des exemples qui le fassent mieux sentir : un individu est au moment de sa dernière condamnation âgé de 59 ans et 1 mois, la peine prononcée est 1 an de prison pour vol ; s'il subit sa peine en cellule, il aura 60 ans moins 2 mois étant sorti de prison, et si les juges devaient en tenir compte, la relégation serait prononcée ; s'ils n'en tiennent pas compte, la peine

(1) Sénat, séance du 10 fév. 1885 (*Offic.*, du 11, p. 97).

prend fin théoriquement quand le condamné a 60 ans et 1 mois, il ne sera pas relégué; pour un mineur c'est l'inverse : supposons lui 20 ans et 1 mois à l'époque de la condamnation; si l'on tient compte de la peine subie en cellule, il aura 21 ans moins 2 mois à l'expiration de sa peine et ne sera pas relégué, sinon il aura 21 ans et 1 mois et sera relégué. M. Albert Desjardins (1) veut que le tribunal tienne compte de la peine subie en cellule, il s'appuie sur l'esprit de la loi qui défend la relégation contre le vieillard de 60 ans, parce qu'à cet âge il n'a plus la force suffisante, et contre le mineur de 21 ans, parce qu'il ne peut être incorrigible avant cet âge; or à quelle époque le vieillard est-il encore jugé assez fort pour la mesure nouvelle, et le mineur trop jeune pour passer pour incorrigible, sinon à cette époque où l'un et l'autre sortent effectivement de prison? Ce calcul de la peine réellement subie s'est déjà rencontré dans la loi, quand elle décide que le délai de 10 ans sera augmenté de toute la durée des peines *effectivement subies*, en tenant compte et de la réduction due à la loi de 1875 et de toute diminution de peine.

Nous repoussons cette théorie : à l'appliquer rigoureusement, on arrive à des conséquences que le législateur n'a pas voulues bien certainement : ainsi un individu, après trois condamnations à plus de 3 mois pour vol, se voit condamné une quatrième fois pour le même délit à 4 mois de prison; sa peine subie en cellule se réduira à 3 mois et il faudrait dire qu'il ne sera pas reléguable, puisqu'il n'y a pas plus de 3 mois; or l'article 4 exige que la nature et le *quantum* soient *encourus* et non *effectivement subis*, ainsi que le

(1) *Le Droit*, 25 janvier 1886.

prouve du reste l'article 5; pourquoi établirait-on une différence entre ce cas et celui que nous examinons? Cette réduction de $1/4$ ne doit pas entrer dans les prévisions du juge; pour lui la peine prononcée est équivalente à la peine subie; et si celle-ci est diminuée, c'est affaire du Président de la République ou de l'administration. Bien plus, ou la théorie de M. Desjardins doit toujours s'appliquer ou elle doit être d'une application partielle; ce dernier cas est aussi injuste que impossible; et le premier cas n'est pas d'une application toujours possible en pratique; d'après la loi de 1875, les condamnés à plus d'un an et un jour de prison peuvent demander et obtenir de subir leur peine en cellule; or il peut arriver que ces condamnés, s'ils subissaient leur peine en cellule, auraient moins de 21 ans ou moins de 60 ans et échapperaient ou n'échapperaient pas à la relégation, suivant qu'ils demanderaient et obtiendraient l'autorisation de subir leur peine en cellule ou que l'administration la leur refuserait.

La même solution doit être donnée pour le cas de réduction de peine par voie de grâce, et pour les mêmes motifs. Une preuve spéciale existe dans cette hypothèse: l'article 15 décide que la grâce s'appliquant à la peine principale ne touchera pas à la relégation à moins d'une disposition spéciale des lettres de grâce.

L'application de l'article 6 peut donner lieu en pratique à des situations bizarres dans lesquelles cette relégation, qu'on redoutait tant de voir abandonnée au pouvoir arbitraire des tribunaux, sera à la merci de ces mêmes tribunaux grâce à des moyens indirects et même à la merci du prévenu lui-même. Ainsi l'accusé aura 60 ans moins deux ou trois jours avec la condamnation qui le frappe et il

est pour ce motif condamné à la relégation ; il en appelle et le jugement est confirmé cinq ou six jours après ; la peine commence en ce cas à courir du jour de l'arrêt, et comme il aura 60 ans et quelques jours à l'expiration de la peine, la relégation ne pourra plus être prononcée. De même, le tribunal veut-il éviter à un mineur âgé de 20 ans la relégation : au lieu de un an et un mois de prison qu'il méritait, il n'a qu'à infliger onze mois et le mineur échappe à la relégation ; s'il veut l'éviter à un homme âgé de 59 ans et qui ne mérite que onze mois de prison, il lui infligera plus d'un an.

Néanmoins si le mineur échappe à la relégation, en vertu de l'article 6, les condamnations antérieures à sa majorité lui compteront pour la relégation, et s'il se fait condamner à nouveau, soit après sa majorité, soit avant à une peine à l'expiration de laquelle il aura 21 ans, il sera condamné à la relégation, dans les mêmes conditions que pour l'art. 9. Quant au vieillard, dispensé de la relégation en vertu de l'article 6, mais rendu à la liberté avant 60 ans par suite de grâce ou de toute autre manière, il n'échappera pas à la relégation s'il vient à se faire condamner de nouveau dans les conditions de l'article 4 mais à une peine qui expirera avant ses 60 ans.

Mesures substituées à la relégation pour les dispensés de l'article 6. — Les vieillards dispensés de la relégation n'en restent pas moins dangereux, et des mesures de précaution devaient être prises contre eux : l'article 8 de la loi ordonne que les juges prononcent contre lui l'interdiction de résidence à perpétuité. Nous examinerons cette mesure avec l'article 19 ; disons ici que c'est une substitution complète à la relégation pour la durée et pour les

conditions d'application ; car l'article 19 fait de l'interdiction de séjour une mesure essentiellement temporaire et applicable à d'autres hypothèses que celles visées par l'article 4. Les mineurs sont envoyés jusqu'à leur majorité dans une maison de correction, mais seulement à l'expiration de leur peine.

Conséquence indirecte de l'article 6. — La loi, en défendant de prononcer la relégation contre un individu qui à l'expiration de sa peine aurait plus de 60 ans, rend dès lors impossible la prononciation de cette mesure contre les condamnés à une peine perpétuelle (mort ou travaux forcés à perpétuité) (1); car la libération présumée du condamné est le jour de la mort du condamné qui, si elle arrive ou non avant 60 ans, rend la relégation impossible. — Supposons maintenant cette condamnation réduite à un certain nombre d'années de travaux forcés, échapperont-ils à la relégation ? oui, mais ils n'échapperont pas à la résidence obligatoire de la loi du 30 mai 1854, ce qui remplace d'une certaine façon la relégation prononcée.

B. — DISPENSES ADMINISTRATIVES OU PAR VOIE DE GRÂCE. — L'article 15 détermine les conditions dans lesquelles un condamné à la relégation pourra être relevé de cette mesure par voie de grâce du Président de la République ; cette grâce pourra être accordée soit en même temps que la décision qui atteint la peine principale mais à condition qu'une disposition formelle vise la relégation, soit après l'expiration de la peine principale, par une lettre de grâce spéciale. Cette disposition est imitée de l'article 6, dernier alinéa, de la loi du 30 mai 1854 pour les con-

(1) Il est bien entendu que nous ne nous occupons que d'une condamnation à mort commuée par voie de grâce.

damnés à la transportation. Cette solution fut critiquée au Sénat par M. de Gavardie (1). La relégation n'est que la conséquence de diverses peines et la grâce qui efface la dernière peine doit effacer virtuellement la relégation : si la loi de 1854 a violé les principes à cet égard, qu'on reconnaisse l'erreur mais qu'on ne la renouvelle pas. M. Gerville-Réache dans un troisième rapport à la Chambre répond à l'objection d'une façon assez curieuse : « S'il est vrai, dit-il, que la relégation soit la conséquence d'une accumulation de condamnations, il n'en est pas moins vrai qu'elle est, non pas la conséquence d'une peine, dans le sens juridique attaché à cette expression, mais bien une *véritable peine* (2), ayant notamment le caractère de perpétuité. Dès lors le droit de grâce s'exerce sur elle à toutes les époques comme sur les autres peines. » Pour nous, M. de Gavardie avait raison ; pourquoi reléguer un homme qui a mérité d'être gracié de la peine principale ? La grâce qui atteint la peine principale devrait atteindre aussi la mesure accessoire, et tout au moins ne devrait être possible que pendant la durée de la peine principale. Toutefois le législateur, qui n'attachait à la grâce relative à la peine principale aucun effet sur la relégation, devait fournir un moyen d'en relever, si le besoin s'en faisait sentir, et si nous critiquons l'article 15 comme contraire aux principes, nous en approuvons le but.

Un individu gracié de la relégation pourra à nouveau être condamné à cette mesure s'il vient à com-

(1) Sénat, séance du 12 fév. 1885 (*Offic.* du 13).

(2) Remarquons cet emploi du mot *peine*, et cette contradiction avec d'autres passages des travaux préparatoires où la relégation est regardée non comme une peine, mais comme la conséquence légale des condamnations exigées par l'art. 4.

mettre une infraction nouvelle qui avec les précédentes réunisse les conditions de l'art. 4. Cette solution est conforme à l'esprit de l'art. 5 qui veut que les condamnations, objet de grâce, soient comptées pour la relégation.

En dehors de la grâce qui émane du Président de la République, l'administration peut dans certains cas dispenser un condamné soit partiellement soit totalement de l'exécution de la relégation. Nous en avons déjà vu un exemple : l'art. 11 du règlement du 26 novembre 1885, édicté conformément à l'art. 18 de la loi, permet au Ministre de l'Intérieur de dispenser, en cas d'urgence, pour maladie ou infirmité, un condamné de la relégation pendant un an au plus, et une dispense définitive peut intervenir après une procédure conforme aux prescriptions de l'art 7 du même règlement. Une autre dispense, laissée également à l'arbitraire du Ministre de l'Intérieur, a été inscrite dans la loi du 14 août 1885 (a. 2, § 5) ; c'est le cas où un condamné à une peine et à la relégation obtient le bénéfice de la libération conditionnelle ; il est laissé provisoirement en France et n'est relégué que si cette libération conditionnelle a été révoquée dans les 10 ans qui suivent l'expiration de la peine principale.

Une fois le relégué arrivé sur le territoire de la colonie, la relégation devient en principe définitive, en ce sens que l'administration seule (le droit de grâce du Président étant mis à part) ne peut plus l'en dispenser pour toujours. Tout ce qu'elle peut faire, c'est lui accorder des autorisations temporaires de sortir de la colonie. L'article 13 en détermine les conditions : une autorisation de sortir de la colonie, sans toutefois pouvoir revenir en France, peut être accordée pour 6 mois au plus par le gouverneur ; au delà de 6 mois, ou

pour un renouvellement, il faut une décision du Ministre (de la Marine); enfin le Ministre seul peut autoriser; pour 6 mois au plus, le relégué à revenir en France. Cet article a été adopté, malgré des objections nombreuses formulées à cet égard; cela pouvait dégénérer en abus dangereux, c'était un pouvoir arbitraire donné à l'administration, la loi de 1854 n'avait pas admis ce tempérament. Il fut répondu, avec raison, que la loi de 1854 était trop sévère, qu'il pouvait se présenter des hypothèses où ces autorisations devenaient nécessaires sous peine de faire de la loi une loi cruelle; du reste les inconvénients ne seront pas nombreux, quand on réfléchit que le Ministre est responsable des autorisations qu'il accorde.

L'article 14 détermine les pénalités encourues au cas d'infraction à la loi nouvelle, soit que le relégué quitte la colonie sans autorisation, soit qu'il dépasse le délai accordé par l'autorisation. Le délinquant est traduit devant le tribunal correctionnel du lieu de l'arrestation ou du lieu de relégation et puni d'un emprisonnement correctionnel de 2 ans au plus pour la première fois, et de 5 ans au plus en cas de récidive, peine qui est subie sur le territoire de relégation.

C. — DISPENSES JUDICIAIRES. — A partir de la sixième année de sa libération, le relégué peut demander au tribunal de la localité d'être relevé de la relégation, en justifiant de sa bonne conduite, de moyens d'existence et de services rendus à la colonisation (a. 16). — Ce texte ne figurait pas dans le projet voté d'abord par la Chambre, parce que c'était laisser aux relégués cet esprit de retour, qui empêche tout établissement sérieux dans la colonie, parce que la remise serait accordée à tous les travailleurs utiles, et que le but de la loi serait manqué. Le Sénat ajouta l'article 16 pour

faciliter l'amendement et la bonne conduite par cet espoir du retour. La Chambre céda uniquement pour hâter le vote de la loi. La Chambre était au moins logique quand elle protestait contre cette disposition ; on se défiait de l'arbitraire du juge quand il s'agissait de constater l'incorrigibilité d'un coupable et de prononcer, la relégation et voilà qu'on donnait au juge le pouvoir arbitraire de relever d'une mesure qu'il n'avait pas le droit de ne pas infliger ; que de fois nous avons constaté cet arbitraire, alors que le législateur ne voulait pas qu'il y en eût la moindre trace : arbitraire de la part des tribunaux libres d'abaisser la peine au-dessous du tarif, d'acquitter même, libres d'y soustraire par des moyens détournés le mineur et le vieillard, libres d'en relever ceux qu'ils étaient obligés d'en frapper ; arbitraire de la part de l'administration pouvant accorder telles et telles dispenses que nous avons signalées ! En réalité de tous les arbitraires, parfois nécessaires dans l'application d'une mesure, le législateur de 1885 n'a écarté que le moins dangereux et le plus juste : le pouvoir pour les tribunaux d'apprécier la vraie moralité d'un récidiviste.

ARTICLE VIII

Mesures spéciales édictées par la loi du 27 mai 1885 (abrogation de la loi du 9 juillet 1852 et substitution de l'interdiction de résidence à la surveillance de la haute police).

L'expérience prouve qu'il est souvent dangereux de perdre complètement de vue, après l'expiration

d'une peine, les individus qui ont été frappés de condamnations. Le peu de moralité, dont ils ont déjà fait preuve, inspire une juste méfiance ; ils sont surtout dangereux pour ceux qui ont été ou ont failli être victimes de leur premier méfait, pour les témoins dont les dépositions ont entraîné leur condamnation ; ils constituent parfois un péril sérieux quand, rassemblés dans les grandes villes où ils ont plus de facilités pour se cacher, ils se constituent en bandes organisées pour le crime, pour la corruption de l'enfance abandonnée, dans laquelle ils recrutent une forte portion de leur armée. Aussi dès longtemps les lois ont-elles songé à les soumettre soit à une surveillance spéciale, soit à la prohibition d'habiter certains lieux. C'est ainsi qu'avant la Révolution des réglemens de police avaient interdit aux galériens libérés certaines résidences déterminées, et l'ordonnance de Louis XIV de 1704 punissait des galères la rupture de ban. — Aucune discussion ne s'éleva lors de la rédaction du Code de 1810 relativement à la légitimité de la mesure qui, malgré ses modifications successives, a porté jusqu'en 1885 le nom de *surveillance de la haute police* ; elle consistait en un cautionnement garantissant la bonne conduite, sans quoi le Gouvernement pouvait assigner une résidence ou simplement interdire certains séjours ; la rupture de ban ou même une simple crainte autorisait le Gouvernement à faire détenir sans jugement, et, comme la surveillance était perpétuelle, la détention qui venait à la remplacer pouvait l'être aussi. Peine inégale, évitée par les riches, laissée à l'arbitraire absolu du Gouvernement, elle était une vexation révoltante pour le libéré, et, faute de travail qui lui était toujours refusé à cause d'une situation connue de tous, il était

généralement réintégré pour une détention perpétuelle.

En 1832, une réforme eut lieu ; on supprimait le cautionnement et la résidence obligatoire fixée par le Gouvernement, on se bornait à interdire certains séjours au libéré, qui pouvait désormais choisir, mais devait faire connaître sa résidence ; l'infraction était punie d'un emprisonnement de cinq ans au plus, prononcé par les tribunaux. On comptait sur des résultats favorables avec une réforme qui semblait laisser toute liberté au libéré dont la situation ne serait connue que de l'administration. Le but fut manqué ; les libérés ne faisaient jamais connaître leur résidence, changeaient de noms ; et les condamnations pour rupture de ban se multipliaient. Sur la réclamation de plusieurs conseils généraux en 1842, un projet demandait le retour au Code de 1810, moins le cautionnement, qui, gardé subsidiairement, ne donnerait lieu qu'au droit de choisir sa résidence, mais il n'y fut pas donné suite.

Le décret des 8-12 décembre 1851 réglementa à nouveau la surveillance. C'est le Gouvernement qui fixa la résidence, et au cas de rupture de ban il peut, sans jugement, transporter pour cinq ou dix ans le libéré à Cayenne ou en Algérie. Le manque de travail, que la situation bien connue du libéré entraînait, augmenta à tel point les inconvénients de la surveillance, qu'un décret du 24 octobre 1870 abrogea le décret de 1851 et renvoya à une réglementation ultérieure.

Quelle fut après 1870 la législation en vigueur ? Nous n'avons pas à nous en occuper. Une loi du 23 janvier 1874 vint réglementer à nouveau la surveillance de la haute police. Le principe nouveau était le droit pour le libéré de fixer sa résidence, sauf certains

lieux déterminés d'avance par le Gouvernement; le détenu déclare la résidence qu'il choisit, quinze jours avant sa libération, sinon l'administration la lui fixe; on lui remet un livret qui lui sert de passeport et une feuille de route indiquant son itinéraire; à l'arrivée, il doit se présenter au commissaire de police ou au maire; la résidence doit être d'au moins six mois avant de pouvoir en changer; le changement est déclaré aux autorités du lieu qu'il quitte et à celles du lieu où il arrive, l'itinéraire étant également fixé; des dispenses peuvent être apportées dans certains cas; enfin, toute infraction à l'une de ces dispositions constitue la rupture de ban punie d'un emprisonnement de cinq ans au plus (article 45, Code pénal). La surveillance, ainsi organisée, n'est plus perpétuelle, son maximum est de vingt ans; elle est prononcée tantôt principalement tantôt accessoirement; mais, si elle est attachée de plein droit à certaines peines, le juge peut en dispenser formellement. Cette réglementation, qui paraissait constituer un progrès réel sur le passé, a cependant été l'objet de nombreuses attaques, qui dans le cours de la discussion de la loi du 27 mai 1885 ont abouti à sa suppression et au vote de l'art. 19, qui la remplace par une institution nouvelle, l'interdiction de résidence. Les uns avaient demandé la suppression absolue de toute mesure analogue; l'effet préventif est nul, disaient-ils, au lieu d'empêcher la récidive elle n'a fait qu'en être une des causes, grâce au vagabondage obligatoire qu'elle impose fatalement au libéré, auquel elle fait refuser du travail; le passeport contient des indications auxquelles le public ne se trompe pas, et l'obligation de se présenter dans certains cas aux autorités locales, en mettant même de côté toute indiscretion

qui a lieu souvent, fait connaître à tous la situation du surveillé et est l'obstacle le plus grand apporté à son reclassement. Les tribunaux le savaient bien, ajoutait-on, et ils éprouvaient une répugnance de plus en plus accentuée à la prononcer ; ainsi, en 1874, sur 1912 condamnés en Cours d'assises, 555 seulement restèrent soumis en totalité à la surveillance ; en 1881, sur 1438, on n'en compte plus que 139 ; la proportion est la même pour les condamnations à la surveillance prononcées par les tribunaux correctionnels ; de 2192 en 1874 le nombre est descendu à 1507, en 1881 ; ce qui n'a pas empêché les condamnations pour rupture de ban d'augmenter et de 3738, chiffre auquel elles se montaient en 1874, d'atteindre celui de 5247 en 1881 (1). Le projet voté par la Chambre en première délibération adoptait cette pensée ; il supprimait purement et simplement la surveillance de la haute police et la loi du 9 juillet 1852 relative à l'interdiction par mesure administrative du département de la Seine et des communes formant l'agglomération lyonnaise. On pensait que ces mesures deviendraient inutiles, dès que la relégation serait en cours d'exécution.

On avait été trop loin ; et les obstacles que la surveillance apportait au reclassement des libérés avaient empêché les rédacteurs de songer à ses avantages et à la nécessité de protéger certains citoyens contre des vengeances fréquentes et en tous cas possibles, et les grands centres contre l'accumulation de gens dangereux. M. Fallières proposa le maintien, mais à la suite de condamnations qui la prononceraient, de l'interdiction du séjour de la Seine. Cette idée fut d'abord repoussée pour ce motif qu'il n'y a pas de

(1) Le Code hongrois de 1878 a supprimé la surveillance comme inefficace et inutile.

raison de créer un privilège pour ce département, d'autant plus qu'à Paris le malfaiteur mieux surveillé par une police bien organisée y est moins dangereux. Plusieurs députés ou sénateurs proposèrent le maintien de la surveillance, telle que la réglementait la loi de 1874 (1). Cette peine, améliorée en 1874, n'a plus les inconvénients d'autrefois, inconvénients contre lesquels la magistrature avait protesté la première, ce qui ne l'avait pas empêché, lors de l'enquête de 1873, de se prononcer contre sa suppression ; aujourd'hui, le maximum fixé à vingt ans, la faculté pour les tribunaux d'en réduire la durée ou même d'en dispenser totalement la possibilité d'en obtenir la remise ; la simplicité des formalités, la tendance de la jurisprudence à n'y soumettre que les criminels endurcis : toutes ces dispositions en font une mesure aussi juste que pratique. Pourquoi penserait-on à la remplacer par cette interdiction de séjour peu définie, laissée à l'arbitraire du gouvernement, ouvrant la porte à tous les abus possibles. L'expérience avait prouvé que, même depuis 1874, les inconvénients de la surveillance de la haute police n'avaient pas disparus ; les rapports de tous les directeurs d'établissements pénitentiaires le constatent. Aussi l'opinion de ceux qui en voulaient le maintien ne trouva-t-elle pas faveur au sein des Chambres.

Mais comment allait-on éviter ces deux écueils, la suppression complète de toute mesure analogue à la surveillance et le maintien d'une institution, qui avait en pratique des effets déplorables ? Lorsque le projet vint en seconde délibération à la Chambre, un

(1) Sénat, discours de M. Bérenger, séance du 12 fév. 1885 (*Off.*, du 13, p. 117).

amendement de MM. Rodat et Léon Renault (1) proposa l'abrogation de la loi du 9 juillet 1852 et le remplacement de l'ancienne surveillance par la simple interdiction du séjour de la Seine, interdiction qui serait soumise quant au reste à toutes les dispositions de l'ancienne surveillance relatives aux conditions, durée, dispenses et pénalités en cas d'infraction; on craignait pour Paris, où se réfugient d'habitude les malfaiteurs, une recrudescence de crimes qui aurait effrayé l'opinion publique. A cet amendement M. Andrieux demandait d'ajouter le maintien de la loi de 1852 qui rendait de réels services, loi dont l'application n'avait jamais été sujette à critique et il invoquait en sa faveur un vœu du conseil municipal de Lyon (1881) tendant à son maintien. M. Frédéric Thomas présenta en même temps une autre proposition, qui remplaçait les formalités de l'ancienne surveillance par l'obligation pour tout condamné à plus d'un an de prison d'être porteur d'un extrait de son casier judiciaire qu'il devait produire à toute réquisition, obligation sanctionnée par les peines de la rupture de ban et par la faculté laissée aux tribunaux de lui appliquer la relégation. La commission de la Chambre accepta l'amendement de M. Léon Renault. Le Sénat n'adopta pas ce remplacement de la surveillance par la simple interdiction du séjour de la Seine : si la surveillance va souvent contre l'intérêt du condamné, sa suppression va contre l'intérêt de la société qui n'est pas à dédaigner; or, il n'y a pas que Paris où les malfaiteurs sont dangereux; si on leur interdit d'y entrer, ils resteront aux portes, ou porteront le trouble dans les pays qu'habitent leurs précédentes

(1) Adopté par la Chambre; séance du 28 juin 1883 (*Offic.*, du 29)

victimes ou les témoins qui les ont fait condamner. Donc si on supprime les formalités gênantes de la surveillance, tout au moins faut-il que le Gouvernement puisse leur interdire certaines résidences, où ils pourraient être dangereux : mais il est entendu que tout ce qui réglait la surveillance subsiste, sauf cette différence dans la nature de la mesure ; de plus l'art. 635 du Code d'instruction criminelle, qui interdit certains séjours aux condamnés ayant prescrit leur peine, subsiste toujours. La Chambre accepta la modification et l'art. 19 actuel fut voté : la portée de la réforme est nettement déterminée par la réponse du rapporteur à M. Lorois (1) : rien ne sera changé, l'interdiction de séjour aura la même durée, sera obligatoire ou facultative, attachée aux mêmes condamnations que l'ancienne surveillance, et la peine sera la même : cette peine qui sera la même est celle de l'art. 45 du Code pénal (emprisonnement de 5 ans au plus). Mais on crut utile de renforcer les mesures à prendre contre ceux qui viendraient à enfreindre les obligations que leur impose l'interdiction de séjour ; du moment qu'on allégeait leur sort, M. de Verninac rapporteur au Sénat pensa qu'il était bon d'assimiler cette infraction au vagabondage, ce qui ferait compter les nouvelles condamnations pour rupture de ban en vue de la relégation. « Cette sévérité nouvelle nous est apparue, dit-il dans son 1^{er} rapport, comme la contre-partie nécessaire de la mesure de clémence que nous venions d'adopter ; toutefois, les condamnations pour infractions à l'interdiction de résidence ne pourront compter en vue de la relégation que

(1) Chambre, séance du 12 mai 1885 (*Offic.*, du 13, p. 803).

lorsque cette interdiction aura été la conséquence d'une condamnation pour l'un des faits qui par eux-mêmes pourraient être punis de la relégation (1). »

Une question qui fut discutée dans un moment, et qui n'a plus d'intérêt aujourd'hui, fut celle de savoir si l'article 19, en dépit de l'article 21, était ou non exécutoire immédiatement. La jurisprudence se prononça pour l'exécution immédiate de cet article, et avec raison, car telle était l'intention du législateur qui n'avait reculé la date d'application de la relégation qu'à cause des préparatifs qu'elle nécessitait, motif qui ne se présentait pas pour l'article 19.

Puisqu'en vertu du § 4 de l'article 19 toutes les dispositions concernant la surveillance, relatives à l'application, la durée, la remise, la suppression et aux peines encourues, restent applicables (2), nous tirerons les conséquences suivantes : le maximum sera de 20 ans (sauf pour le cas de l'article 8) ; l'interdiction sera l'accessoire des mêmes condamnations, accessoire tantôt obligatoire tantôt facultatif (sauf pour le cas de l'article 8 où elle est obligatoire dans les mêmes conditions que la relégation) ; le juge pourra toutefois en dispenser ou en diminuer la durée et devra dans tous les cas mettre dans son jugement qu'il en a été délibéré ; elle sera de droit et pour 20 ans au cas de commutation d'une peine perpétuelle (art. 46, C. pén.) ; elle peut être suspendue administrativement (décret

(1) Nous voyons dans ces paroles une preuve en faveur de notre théorie disant que les anciennes condamnations pour rupture de ban ne doivent pas compter pour la relégation. Puisqu'on fait entrer en ligne de compte les infractions nouvelles à l'interdiction de résidence, par ce motif que la sévérité nouvelle était la contre-partie de la mesure de clémence, c'est qu'on entend exclure les infractions à la surveillance qui était bien moins clémentine à l'égard des libérés.

(2) Voir la loi du 23 janvier 1874.

du 30 août 1875) ; la prescription de la peine principale n'atteindra pas l'interdiction de séjour (art. 48, § 3, Code pénal) et le point de départ de l'interdiction est le jour où la prescription de la peine est acquise. On a contesté la persistance de l'interdiction de séjour comme peine principale, dans les cas où la surveillance devait être prononcée comme seule peine principale (art. 100, 108, 46, § 1, 132, 138, 143, 144, 271, § 2, Code pénal) (1) en s'appuyant sur ce que la surveillance était supprimée et remplacée par l'interdiction *signifiée avant la libération* (art. 19, § 2). Ces mots échappés aux rédacteurs de la loi, qui ne prévoyaient pas les cas extraordinaires où la surveillance était une peine principale, ne peuvent avoir la portée qu'on veut leur prêter ; l'intention du législateur est en réalité de laisser subsister toute la réglementation ancienne, de ne supprimer que les formalités gênantes de la police. Terminons en disant que la même controverse, qui s'était élevée sur le point de savoir si, grâce aux circonstances atténuantes, le Tribunal pouvait dispenser de la surveillance un condamné correctionnellement contre lequel la loi édictait obligatoirement cette mesure, se reproduit ici : la jurisprudence a adopté avec raison la possibilité pour le Tribunal d'en dispenser, puisque la Cour d'assises peut le faire pour des condamnés pour crimes : en 1863, à un amendement formulé en ce sens M. Lacaze, commissaire du Gouvernement, avait répondu que cela était inutile, l'article 463 du Code pénal ayant ce but.

Après avoir dit que la relégation, (mesure perpétuelle qui se subit dans les colonies) est incompatible avec l'interdiction de séjour qui doit se subir en

(1) En ce sens, jug., trib. Reims, 8 avril 1885, infirmé par la Cour de Paris : arr., 22 sept. 1885, Sir., 1886, 2. 13.

France, quoiqu'il puisse y avoir certainement inconvénient à laisser entièrement libre en France un condamné qui serait gracié de la relégation, nous terminerons en faisant observer qu'il y a en réalité deux sortes d'interdiction de séjour: celle de l'article 19, temporaire et facultative, et celle de l'art. 8, remplaçant la relégation pour les vieillards de plus de 60 ans et empruntant à celle-ci ses caractères (obligation et perpétuité). Cette dernière interdiction de séjour, qui a cependant la même nature que celle de l'art. 19, qui est par conséquent une peine, remplace pour certains individus la relégation qui n'en est pas une. Le législateur, on le voit, ne s'est pas toujours préoccupé de donner à ses institutions un caractère juridique bien défini, et dans bien des cas les facilités pratiques l'ont emporté sur le désir d'être logique. C'est un reproche qui est mérité, et nous ne craignons pas plus de le constater que de louer ce qu'il y a eu de juste et de bon dans l'œuvre nouvelle de ces dernières années.

Une circulaire ministérielle du 1^{er} juillet 1885 a été rendue par M. Allain Targé en exécution de l'art. 19. Elle constate d'abord l'application immédiate à faire de cet article. Les localités à interdire se divisent en deux groupes; les unes sont interdites à tout libéré frappé par l'art. 19 : ce sont dans les Alpes-Maritimes, Nice et Cannes; dans les Bouches-du-Rhône, Marseille; dans la Gironde, Bordeaux et sa banlieue; dans la Loire, Saint-Etienne; dans la Loire-Inférieure, Nantes; dans le Nord, Lille; dans les Basses-Pyrénées, Pau; dans le Rhône, Lyon et l'agglomération lyonnaise; dans Saône-et-Loire, le Creuzot; enfin les départements en entier de la Seine, de Seine-et-Oise et de Seine-et-Marne. A titre spé-

cial on leur interdira : l'Algérie, à ceux qui n'y sont pas nés ; la Corse, aux Corses condamnés par les tribunaux du pays ; la circonscription communale et les annexes de la maison centrale où le condamné a été détenu ; et le ministre, sur la proposition du préfet, désignera les communes, arrondissements ou départements qui à raison du danger seront interdits aux condamnés pour attentat à la pudeur, meurtre, incendie ou menaces de mort. Tout cela fait l'objet d'une notification faite au détenu avant sa libération. Pour les anciens condamnés à la surveillance, le Gouvernement avait trois mois à partir de la promulgation de la loi (27 mai 1885) pour faire ces notifications qui en outre devaient comprendre toutes les localités déjà interdites pendant la surveillance. Enfin la circulaire règle tous les détails d'exécution dans lesquels nous n'avons pas à entrer.

Quel jugement porter sur la réforme nouvelle ? C'est une affaire d'expérience, et celle-ci seule pourra dire si elle répondait aux besoins qu'on ressentait. Abstenons-nous donc de la juger.

CHAPITRE II

MOYENS PRÉVENTIFS

Pendant que divers projets de loi présentés à la Chambre des députés demandaient contre les récidivistes l'application de mesures nouvelles, un sénateur déjà connu pour le zèle qu'il déployait depuis longtemps dans l'œuvre admirable de la réhabilitation des gens frappés par la Justice, l'honorable M. Bérenger, présentait au Sénat une proposition relative aux moyens de prévenir la récidive. C'était la contrepartie de la loi du 27 mai sur la relégation : l'une s'adresse aux incorrigibles, l'autre aux malheureux, victimes des préjugés sociaux qui sont un obstacle à leur reclassement.

Avant d'étudier cette proposition, qui est devenue la loi du 14 août 1875, disons un mot d'une autre proposition dont nous avons déjà parlé, qui fut présentée à la Chambre des députés, lors de la discussion de la loi du 27 mai 1885, par M. Delattre, sous forme de contre-projet (1). M. Delattre, prenant comme point de départ une parole de M. Herbette, directeur des établissements pénitentiaires « la promiscuité dans la prison, c'est la pourriture, le régime cellulaire, c'est l'ané-

(1) Exposé des motifs : *Offic.*, Chambre, doc. parl., juin 1883⁹ p. 750, annexe n° 1894.

mie, c'est la mort, » cherche à remplacer la prison, au moins pour ceux qui en sont à leur première faute, par un frein moral d'une autre nature, et ce moyen il croit le trouver dans le système de la caution. Ce qui fait le repris de justice, c'est la flétrissure qu'inflige une première condamnation, quelle qu'elle soit, flétrissure dont son casier judiciaire perpétue le souvenir et pour laquelle il se voit fermer toutes les portes des ateliers. Le projet propose donc de donner trois mois à tout prévenu qui le demande pour trouver une caution qui garantisse son amendement ; la caution trouvée fait suspendre les poursuites ou la condamnation, consiste dans l'engagement de veiller sur le prévenu et de réparer le préjudice causé par une surveillance insuffisante, et est donnée pour un temps fixé par le tribunal, mais durée qui ne peut dépasser trois ans, délai de la prescription en matière correctionnelle. A l'objection, que les pauvres ne trouveront pas de caution, M. Delattre répond qu'il y aura dans ce système de la caution un but nouveau pour les sociétés de patronage et les conseils municipaux, qui agiraient au nom de la solidarité ; et si ce moyen lui fait encore défaut, le pauvre aura encore une dernière ressource dans la possibilité de s'engager pour trois ans dans un établissement industriel ou agricole, public ou privé, engagement dont la justification suspendra la condamnation. Le Gouvernement fonderait de ces établissements, surtout aux colonies : ce qui leur donnerait l'élément libre si nécessaire et si rare. Un second remède proposé par M. Delattre concerne le vagabondage et la mendicité : ce mal s'aggrave parce que la loi qui créait dans chaque département un dépôt de mendicité n'est pas observée. Au lieu de les envoyer dans les prisons que la promiscuité rend dangereuses,

à la suite de condamnations qui répugnent aux tribunaux, on enverrait les invalides dans ces dépôts, et ceux qui pourraient travailler seraient incorporés dans des bataillons de pionniers travaillant pour le compte de l'Etat et à l'instar des bataillons de discipline, ou sur leur demande seraient transportés aux colonies. Le même régime remplacerait la peine de l'emprisonnement pour les condamnés. Enfin, le projet terminait par une innovation, l'imposition d'un tuteur à tout condamné sortant de prison ; la tutelle serait donnée d'abord à la famille, à défaut il y serait pourvu par la commune ou le département ; et le tuteur pourrait placer le condamné dans un établissement métropolitain ou colonial. La réhabilitation mettrait fin à la caution et à la tutelle.

Il est difficile d'apprécier cette proposition remplie d'idées absolument nouvelles. Le but proposé par la caution est excellent ; est-elle bien pratique ? Nous le croyons difficilement ; c'est une responsabilité pécuniaire bien lourde pour une caution qui sera d'autant plus difficile à trouver ; d'autre part, le délai de trois ans, passé lequel une condamnation n'est plus possible, est peut-être un peu court et diminuerait considérablement l'effet préventif d'une condamnation facile à éviter. Quant à la possibilité de s'y soustraire en s'engageant dans un établissement colonial, l'essai pourrait, à notre avis, être fait avec profit et donnerait aux colonies ce noyau de colons libres non encore perversis qui a fait défaut jusqu'à présent. La création de bataillons de pionniers travaillant en plein air effraierait certainement et à bon droit les populations, faciliterait les évasions et renouvellerait les scandales qui ont fait supprimer les anciens bagnes. Enfin, cette tutelle imposée après un certain nombre de condam-

nations n'aurait pas les avantages qu'on en attend ; repoussée presque toujours par les parents du condamné, surtout si la parenté n'est que collatérale, par ce motif qu'elle est toujours gênante et surtout qu'elle perpétue autour d'eux des souvenirs qu'ils voudraient effacer à jamais, la tutelle retomberait à la charge des communes ou des départements, en réalité serait laissée aux fonctionnaires de la police, ce qui rétablirait sous une autre forme l'ancienne surveillance de la haute police que tout le monde s'accordait à repousser. Aussi devons-nous déclarer qu'à notre avis la proposition de M. Delattre, partie d'une idée généreuse, n'est presque pas réalisable en pratique et que c'est à bon droit qu'elle a été écartée par le législateur.

Une proposition appelée à donner les meilleurs résultats est celle que M. Béranger présenta au Sénat le 27 décembre 1882 (1). Dans l'exposé des motifs (2) le but et les moyens de l'atteindre ont été déterminés de la façon la plus nette. Malgré deux retours de la proposition au Sénat et à la Chambre des députés, elle fut adoptée à peu près sans changements importants et devint la loi du 14 août 1885 que nous nous proposons d'étudier.

Nous diviserons nos explications en quatre articles : 1° motifs et but général de la loi du 14 août 1885 ; 2° de la libération conditionnelle ; 3° du patronage ; 4° de la réhabilitation.

(1) *Offic.* du 28, déb. parl., p. 1299.

(2) *Offic.*, Sénat, doc. parl., fév. 1883, p. 251, annexe n° 235.

ARTICLE I^{er}.

Motifs et but général de la loi du 14 août 1885.

Dans l'exposé des motifs et dans son premier rapport au Sénat, M. Béranger fit observer avec raison que le projet sur la relégation alors soumis aux Chambres ne constituait pas le dernier mot sur le problème si grave de la récidive : on purgeait bien la France d'un certain nombre de récidivistes, mais cette mesure qui visait surtout le présent ne promettait pas pour l'avenir un véritable remède à un mal dont les causes persistaient. C'est à la suppression de ces causes que le projet nouveau tentait de s'attacher : il formait la contre-partie et le complément nécessaire des mesures de répression nouvelles. Prévenir la récidive était à la fois un devoir pour la société et la plus sûre garantie pour l'avenir. Or les causes principales de la récidive, causes que nous avons déjà eu l'occasion d'énumérer avec plus de détails, se résument à peu près dans le peu de protection accordée à l'enfance abandonnée, la misère qui mène au vagabondage et au délit, le peu d'intimidation des peines de courte durée, la promiscuité dangereuse des prisons, le manque de travail pour le libéré qu'une première condamnation a définitivement déclassé, l'absence d'institutions qui favorisent l'amendement et encouragent les premiers efforts, enfin les difficultés apportées par la loi elle-même à la réhabilitation.

La proposition Béranger ne visait pas toutes ces causes. La protection de l'enfance abandonnée est encore à organiser malgré les quelques réformes déjà

faites; (1), les seuls textes qui la protègent sont les articles 300 et 302 du Code pénal qui punissent l'infanticide (2), 330 et suivants qui prévoient les attentats à la pudeur et les viols, 345 et suivants sur la suppression d'enfants et les détournements de mineurs; les lois des 19 mai et 23 décembre 1874 sur les enfants en nourrice ou les mineurs employés dans l'industrie, enfin la loi du 7 décembre 1874 qui protège les enfants employés à la mendicité ou dans les professions ambulantes. Or, de tous ces textes l'article 335 du Code pénal et l'article 3 de la loi du 7 décembre 1874 sont les seuls qui permettent d'enlever à des parents dépravés la puissance paternelle; et les tribunaux sont désarmés contre ces parents qui, hors les cas ci-dessus cités, abandonnent leurs enfants à la corruption de la rue. Aussi n'y a-t-il pas lieu de s'étonner si, en l'absence de maisons spéciales où l'on pourrait envoyer, malgré les parents, ces enfants ainsi exposés, ils forment dès l'âge le plus tendre le plus gros de l'armée du crime. Le compte général de l'administration de la justice criminelle en 1879 fournit des chiffres qui à ce point de vue ont leur éloquence : sur 4,347 accusés qui pendant cette année ont passé devant les Cours d'assises, 802 avaient moins de 21 ans (18^o/o), et sur 802, 43 avaient moins de 16 ans; sur 196,056 prévenus traduits devant la police correctionnelle, 6,870 avaient moins de 16 ans et 24,218 de 16 à 21 ans (total 30,898). C'est à Paris surtout que la proportion est effrayante; le rapport général pour 1879 (p. 380-382) porte que sur 20,882 individus arrêtés, 12,721 ont moins de 21 ans. Il n'est pas rare dans les grandes villes de voir des chefs de bande de 15, 16 et 17 ans. « C'est moins le

(1) Voir dans le chap. 2 de notre première partie ce que nous avons dit sur le système des secours accordés aux filles-mères.

(2) On connaît l'indulgence légendaire du jury pour ce crime.

récidiviste que l'enfant qu'il faut ôter de la rue » disait M. Clémenceau à la séance de la Chambre du 28 avril 1883.

Or qu'a-t-on fait pour l'enfance abandonnée et pour l'enfance coupable ? On a réuni ces deux catégories si distinctes dans les mêmes établissements pénitentiaires, en sorte que ceux qui n'étaient enfermés qu'en vertu du droit de correction paternelle se corrompaient au contact de ceux qui avaient déjà commis des méfaits.

Il est vrai, et nous l'avons constaté, que des améliorations dans le régime de ces établissements ont pu donner d'excellents résultats ; mais tout n'est pas encore fait, et, malgré l'opinion de M. Herbertte qui prétend que les enfants enfermés par suite de correction paternelle sont plus vicieux que les autres, il est certain qu'une distinction s'impose entre ceux qui n'ont pas encore commis de fautes et sont plus indisciplinés que pervers et ceux dont une première condamnation prouve la dépravation précoce, étant donné l'indulgence dont les parquets et les tribunaux font preuve à l'égard des enfants. La création de maisons spéciales pour les enfants abandonnés ou rebelles à l'autorité paternelle mais non coupables, dont l'idée remonte à M. de la Rochefoucauld-Liancourt en 1790, s'impose donc à l'imitation de l'Angleterre où il existe plus de 300 sociétés industrielles de ce genre ; et dans ce pays on arrête, sans réclamations du public, les enfants trouvés dans les rues en état de vagabondage pour les envoyer dans ces établissements. Ce qu'il faut encore et surtout pour les enfants qui sortent de ces établissements, c'est un patronage fortement organisé, et heureusement il existe en France, où il a précédé de longue date celui qu'on destinait aux libérés de l'âge mûr ; nous aurons à en constater dans un moment les heureux résultats.

Le moyen de prévenir le vagabondage fut également laissé de côté par M. Béranger. La charité privée peut beaucoup pour ce but, en s'adressant aux vieillards : d'autre part l'Etat en organisant avec prudence des travaux publics peut utilement y employer les malheureux qu'un chômage ou une maladie a réduits à la mendicité ; il peut également les utiliser comme colons libres en leur offrant des facilités d'établissement dans nos colonies, surtout dans les colonies pénales. Avouons que c'est une des grosses difficultés de la question, et qu'il faut pour la résoudre tout un ensemble de lois économiques, l'organisation complète des institutions de prévoyance de toutes sortes, toutes choses enfin dans le détail desquelles il nous est impossible d'entrer.

Restent les autres causes de la récidive : la corruption des prisons ; les difficultés apportées au reclassement des libérés et à leur réhabilitation. La proposition de M. Béranger offrait des remèdes à tous ces points de vue et comprenait quatre titres : le premier visait la réforme des prisons ; le deuxième, l'institution de la libération conditionnelle ; le troisième, le patronage ; le quatrième, la réhabilitation. Les trois derniers titres subsistèrent seuls et devinrent la loi du 14 août 1885. Quant au premier, il fut retiré sur la promesse du Gouvernement de présenter un projet de loi spécial à ce sujet.

Disons cependant quelques mots sur cette réforme des prisons. Nous avons donné notre opinion à ce sujet, et nous n'avons pas à revenir sur les discussions que l'adoption du régime cellulaire ont soulevées. La loi du 5 juin 1875 l'organisait pour les peines de courte durée ; et si le projet de M. Béranger revenait à la charge, c'était uniquement dans le but

de hâter l'application d'une loi qui se heurtait à des difficultés pratiques et à des résistances qu'elle n'osait braver. L'état peu prospère des finances des départements avait donné lieu, au sein des conseils généraux, à des hésitations que l'on comprend, relativement à la transformation des prisons départementales en prisons cellulaires. La loi de 1875 n'avait pas osé imposer cette transformation; elle défendait seulement d'en construire de nouvelles suivant un autre système et promettait des subventions aux départements qui feraient des efforts vers le but proposé. En réalité la loi de 1875 avait peu d'efficacité, et l'expérience se chargea d'en fournir la preuve. Au moment où M. Bérenger présentait son projet, sur 437 prisons départementales, 10 à peine avaient été réformées d'après le régime cellulaire. La prompt application de la loi de 1875 s'imposait. Comme la grosse difficulté venait de ce que la propriété des prisons de courte peine appartenait aux départements, M. Bérenger les autorisait à se décharger des dépenses de transformation, qui devenaient obligatoires, en rétrocédant la propriété à l'Etat qui l'exécuterait à ses frais.

Le Gouvernement ayant promis de présenter à bref délai un projet spécial sur cette transformation et de hâter, dans la mesure du possible, cette mesure par tous les moyens en son pouvoir, M. Bérenger retira cette partie de sa proposition de loi. Son attente fut déçue; car l'honorable sénateur dut adresser le 27 janvier 1888 (1) une interpellation à ce sujet au Ministre de l'Intérieur. Dans son discours, où il commence par constater l'application res-

(1) *Offic.* du 28 janv. 1888, déb. parl., p. 43 et suiv.

treinte de la loi du 27 mai 1885 (1), M. Bérenger prouve, ce que du reste a reconnu M. Sarrien, qu'à cette date, sur 382 maisons d'arrêt ou de correction, 17 seulement sont cellulaires : ce qui tient à ce que l'Etat n'est pas maître des lieux où s'exécutent les peines et que le régime qu'il règle se heurte à la disposition matérielle des prisons. En 1886, le Gouvernement avait bien présenté un projet obligeant les départements à construire dans le délai de cinq ans des cellules pour au moins le quart du nombre moyen de délinquants fourni par chaque département ; mais dans la crainte que ce fût un abandon partiel de la loi de 1875, on ne put se mettre d'accord et le projet tomba. Mais M. Bérenger fait observer qu'on aurait pu en garder deux réformes excellentes : la possibilité pour plusieurs départements de s'entendre pour construire à moins de frais une seule prison cellulaire, et pour le Gouvernement de forcer à la construction en déclassant les prisons devenues impropres : d'autant plus que, grâce à des perfectionnements, le prix de construction de chaque cellule est devenu moins élevé : 3,000 francs au lieu de 4, 5, 6 et même 8,000 francs. A quoi M. Sarrien répondit que tout cela était exact ; mais que le Gouvernement promettait d'appliquer le plus possible la loi de 1875.

En attendant cette réforme, un décret récent du 11 novembre 1885 réglemente à nouveau le régime des prisons de courte peine affectées à l'emprisonnement en commun. Le décret prescrit (art. 27 à 30) la séparation dans la mesure du possible par quartiers spéciaux, et suivant, des distinctions que les articles

(1) M. Sarrien dans sa réponse reconnaît qu'au 1^{er} janvier 1888 il n'y avait eu encore que 1234 relégués des deux sexes.

spécifient, des prévenus, des accusés, condamnés criminels ou correctionnels, condamnés de simple police, détenus de passage, prévenus ou accusés ayant ou non des antécédents judiciaires, jeunes détenus, et séparément encore ceux qui sont enfermés par voie de correction paternelle. Des facilités nouvelles sont accordées aux personnes qui s'intéressent aux détenus et peuvent par leurs conseils et leur assistance les ramener dans la bonne voie : l'instruction et l'éducation morale ou religieuse est également l'objet de dispositions nouvelles (art. 87 à 93).

ARTICLE II

De la libération conditionnelle. (Loi du 14 août 1885. Titre 1)

I. — Historique et but de la libération conditionnelle

La réforme du régime pénitentiaire ancien, en mettant fin à la corruption de la prison, ne constitue pas le dernier mot de la science pénitentiaire. Dans l'exécution même de la peine il faut que la loi cherche, comme second but tout au moins, l'amendement du condamné, qui constitue la plus sûre garantie pour l'avenir. En dehors des moyens d'éducation et d'instruction mis à sa disposition, l'idée de faciliter et d'encourager ses efforts vers le bien par la pensée d'une remise de peine et la perspective de reprendre plus tôt sa liberté n'est pas nouvelle dans notre législa-

tion pénale, et, quoique les nations étrangères nous aient devancé dans l'application générale de cette mesure, nous en retrouvons des traces bien avant la loi du 14 août 1885.

Sans vouloir parler de la grâce, dont le but n'est pas théoriquement tout au moins l'amendement d'un condamné, et qui cependant en pratique était la récompense arbitraire de la bonne conduite (1) ce qui prouve combien l'institution nouvelle connue sous le nom de libération conditionnelle était nécessaire et naturelle ; sans parler de la grâce, nous trouvons cette mesure appliquée pour la première fois en France en faveur des jeunes détenus, grâce à une pratique illégale, il faut bien le dire, de l'administration, quelques années après la rédaction de notre Code de 1810. Si même on voulait remonter plus haut dans l'histoire, on trouverait des exemples nombreux de jeunes gens, surtout des jeunes filles connues sous le nom de filles repenties confiées à des maisons de refuge, des orphelinats, où ils s'amendent souvent, grâce à l'éducation à la fois sévère et morale qu'ils y reçoivent. Ce n'était pas la libération complète, et on avait raison. Cette pratique illégale reçut en quelque sorte une consécration dans la loi du 5 août 1850 sur le patronage des jeunes détenus (a. 9.) La loi du 30 mai 1854, qui prescrivait le régime de la transportation pour l'exécution de la peine des travaux forcés, organisa, sans que le nom se trouve dans les articles, une véritable libération conditionnelle, grâce à la distinction des forçats en un certain nombre de classes : la première classe est une véritable libération provisoire, puisqu'en vue de faciliter

(1) Le but de la grâce est de remédier à des condamnations trop sévères ou à des erreurs de la justice.

la colonisation ceux qui, par leur bonne conduite sont appelés à en faire partie, sont employés chez les particuliers, ou sont colons eux-mêmes, sauf révocation possible en cas d'inconduite. Pour les prisons de France rien de semblable n'avait été fait ; et ce furent les nations étrangères qui cette fois encore mirent à profit les premières une idée toute française.

L'Irlande d'abord, l'Angleterre ensuite, dès qu'elle fut obligée à abandonner le système de la transportation, pratiquèrent pour la première fois d'une manière générale la libération préparatoire. En Irlande elle fut organisée en même temps que les maisons intermédiaires, par sir Walter Crafton, en 1856, et, malgré le paupérisme qui semblait devoir être un obstacle invincible à la réussite de cette institution, elle a donné bientôt des résultats surprenants : en 1856, sur 4,643 convicts libérés avec ou sans *licence* (libération conditionnelle) 80 0/0 ont persévéré dans leur bonne conduite, 10 0/0 ont été réincarcérés, dont 7 0/0 par suite de révocation de licence ; le nombre des détenus a diminué sensiblement, et de 4,278 qu'il était (non compris 250 à 300 déportés) en 1854, il tombe en 1862 à 1314 (il n'y a plus de déportés) ; en sorte qu'on dut successivement fermer un certain nombre de prisons devenues inutiles. En Angleterre, les premiers essais, d'abord favorables, devinrent quelques années après désastreux, par suite d'une mauvaise application et d'une incurie administrative qui accordait sans examen et sans précautions la libération provisoire. La criminalité augmenta même dans une telle proportion à cette époque, qui coïncidait avec celle de la suppression de la transportation, qu'on dut faire une enquête à la suite de laquelle des réformes importantes vinrent rendre à l'institution nouvelle ses anciens

succès, qui depuis ont augmenté progressivement.

Depuis 1862, la libération conditionnelle fut adoptée par la plupart des législations étrangères : on la trouve en Saxe (1), dans le grand-duché d'Oldembourg, en Allemagne, en Danemark, dans les cantons suisses d'Argovie, de Neuchâtel et de Vaud, dans le nouveau Code pénal hongrois (2), dans celui des Pays-Bas (3) ; elle figure dans les projets de réforme des Codes d'Autriche, d'Italie, de Portugal et de Russie (4).

Malgré l'exemple de ce qui se pratiquait déjà pour les jeunes détenus, malgré les leçons que nous donnait l'expérience faite par les nations voisines, malgré les vœux formulés par plusieurs assemblées départementales (5), ce n'est qu'en 1882 qu'une proposition tendant à établir chez nous la libération conditionnelle est venue devant les Chambres. M. Béranger, à qui revient l'honneur de l'avoir formulée, en montrait les avantages. Le but unique d'une législation pénale n'est pas, comme cela ressort du Code de 1810, la répression et l'exemplarité ; il y a un autre but, la moralisation du coupable ; si la peine n'a pas pour caractère essentiel d'être moralisatrice, il n'en est pas moins vrai que la régénération doit marcher de pair avec l'expiation. Or cette régénération doit découler d'un système harmonieusement combiné de punitions et de récompenses ; si pour les récidivistes incorrigibles on augmente la répression, pour celui qui s'amende la logique

(1) Ordonnance du 5 août 1862.

(2) Loi XXXVII de 1880, a. 48 à 51.

(3) Code du 3 mars 1881, a. 15 et 16.

(4) L'art. 22 du projet de Code russe l'accorde aux condamnés à plus de 3 ans à la maison de correction.

(5) Dès 1859, le Conseil général de l'Yonne formulait en ce sens un vœu qu'il renouvelait en 1860-1861-1862-1863.

demande quelques faveurs; or la véritable faveur, que convoite tout homme privé de la liberté, est de la recouvrer dans le plus bref délai possible. Lui donner l'espoir d'avancer le jour de sa sortie par sa bonne conduite, n'est-ce pas là un but de nature à exciter son courage, à le relever à ses propres yeux, à lui attirer l'estime de ceux qui l'entourent et sont témoins de ses efforts? La peine ne devient-elle pas en quelque sorte inutile, dès que l'amendement est obtenu? Ce système, en même temps qu'il constitue un élément d'ordre à l'intérieur de la prison; est une épreuve pour le détenu et sert de transition entre la liberté complète et la prison il fortifie la répression, les jurys ne craignant plus une condamnation sévère que le coupable peut abrégier par sa bonne conduite. — Mais des écueils sont à éviter, si l'on ne veut pas voir se reproduire les mêmes conséquences qu'en Angleterre au début de l'application de cette mesure. Il ne faut pas d'abord que la libération soit possible avant que la peine subie ait eu une certaine durée; la répression, si on l'abrège, n'en doit pas moins exister. Il faut surtout n'accorder cette faveur qu'à l'amendement véritable, et l'hypocrisie, hélas! est bien fréquente dans les prisons : il y a là, dans l'observation de la conduite de chaque détenu, un travail difficile, qui demande de la part des gardiens ou de toutes personnes qui s'intéressent à la régénération du condamné une attention soutenue, consciencieuse et prudente; enfin il faut qu'une erreur toujours possible puisse être réparée, grâce à une réintégration en cas d'inconduite. Il faut surtout, au sortir de la prison, que ces premiers efforts soient encouragés, et qu'on défende le libéré contre les mauvaises

suggestions du dehors et les préjugés sociaux : ce sera l'œuvre des sociétés de patronage, œuvre à ce point nécessaire que sans elle toute libération conditionnelle est un danger.

Nous allons donc aborder l'étude de la réglementation de la libération conditionnelle, telle qu'elle résulte du titre I de la loi du 14 août 1885, et voir si cette organisation répond aux observations que nous venons de présenter.

II. — Réglementation de la libération conditionnelle

M. Béranger a parfaitement défini la libération conditionnelle : « c'est, dit-il, l'acte par lequel on accorde au condamné, qui a mérité cette récompense par son application au travail et sa bonne conduite, sa mise en liberté anticipée, à charge de continuer à se conduire honnêtement, et sous la condition qu'il sera réintégré pour achever de subir sa peine, s'il donne de nouveaux sujets de plainte. »

A. — QUI PEUT L'OBTENIR ?

Les condamnés des deux sexes : cela n'a pas besoin d'être dit. La loi ne distinguant pas davantage (art. I) entre les Français et les étrangers, il est évident que la libération conditionnelle pourra être accordée aux uns et aux autres (1). Les récidivistes eux-mêmes n'en sont pas exclus ; toutefois on exige d'eux des conditions

(1) Le Code hongrois la refuse aux étrangers. (Loi XXXVII de 1880, a. 49).

plus sévères (art. 2, § 2) (1), et par récidivistes il faut entendre aussi bien ceux que vise la loi du 27 mai 1885 que ceux dont parlent les art. 56 à 58 du Code pénal ; nous verrons plus tard dans quelle situation se trouvent les condamnés à la relégation qui obtiennent le bénéfice de la libération conditionnelle pour leur dernière peine.

Quant à la nature de l'infraction commise ou de la peine encourue et subie, le législateur ne s'en préoccupe pas. En principe, toute peine privative de liberté est susceptible d'être réduite par libération conditionnelle. A ce principe il y a trois exceptions, dont l'une n'est qu'apparente : ce qui a été signalé au cours de la discussion. Observons, en effet, que l'article 1^{er} ne prévoit l'institution d'un régime spécial destiné à préparer à la libération conditionnelle que pour *les établissements pénitentiaires de France et d'Algérie*, et que l'article 11, qui rend la loi applicable aux colonies, fait une réserve à l'égard de la peine des travaux forcés. L'article voté en première délibération par le Sénat portait « *dans les divers lieux de répression ;* » M. Bérenger demanda qu'on en exclût les établissements consacrés à la peine des travaux forcés, pour lesquels la libération conditionnelle est réglementée par un décret du 18 juin 1880, rendu en exécution de la loi du 30 mai 1854 (2). La rédaction actuelle fut adoptée comme conforme à cette demande puisque les travaux forcés ne s'exécutent ni en France ni en Algérie. Cette conclusion eût pu laisser quelque doute pour les condamnés qui subissent cette peine en France (femmes,

(1) Le Code hongrois la refuse aux récidivistes de certains crimes ou délits : vol, rapine, extorsion de signature, détournement, recel, tromperie, incendie, etc. (a. 49).

(2) Sénat, séance du 22 mars 1884 (*Offic.* du 23, déb. parl., p. 761).

vieillards, ou condamnés en vertu de la loi sur la répression des crimes commis dans les maisons centrales); une distinction aurait été injuste, et M. Herbertte constata que la libération conditionnelle leur serait applicable en vertu de la loi nouvelle (1).

Une seconde exception concerne les peines perpétuelles : elle découle indirectement des conditions mises à la libération par l'article 2; comme le condamné doit avoir subi une portion déterminée de sa peine (la $1/2$ ou les $2/3$), la perpétuité ne comportant pas de division sera un obstacle à la libération; le seul remède sera une réduction de peine par voie de grâce (2).

La troisième exception est relative à la durée de la peine qui doit toujours être effectivement subie. L'article 2 exige que le condamné ait passé au moins trois mois en prison, et six mois s'il est récidiviste : ce qui exclut par conséquent de la mesure nouvelle tous les condamnés à un emprisonnement de simple police ou à un emprisonnement correctionnel de trois mois et moins : au dessus de ce chiffre, et jusqu'à neuf ou six mois, suivant qu'on a ou non en présence un récidiviste, la libération est possible, mais la réduction doit laisser intacte la durée de 6 ou 3 mois à passer effectivement en prison (3).

Le projet voté par le Sénat exigeait que la condamnation elle-même fût à plus de six mois, ce qui, avec la réduction de moitié, arrivait à une somme de trois mois effectivement passés en prison. Cette limitation

(1) Chambre, séance du 18 mai 1885 (*Offic.* du 19).

(2) Le Code hongrois applique la libération conditionnelle aux condamnés à la maison de force perpétuelle à condition qu'ils aient subi au moins 15 ans de leur peine (a. 48).

(3) Le Code des Pays-Bas de 1881 exige un minimum de 3 ans passé en prison (a. 15).

du taux de la peine fut critiquée au Sénat par le commissaire du Gouvernement, et ce fut un amendement de Mgr Freppel qui devint la rédaction actuelle (1). M. Béranger et la commission du Sénat, qui avaient adopté la rédaction primitive, justifiaient leur opinion, en disant qu'il fallait toujours une limite relativement à une mesure qui, en modifiant d'une manière profonde les effets d'une condamnation judiciaire, causerait probablement un certain émoi dans les populations; qu'une limite existait dans tous les pays où même elle était bien supérieure (2); cette limite s'impose pour ne pas arriver dans certains cas à la suppression de la peine elle-même, surtout depuis la réduction du quart accordée par la loi de 1875 à ceux qui subissent leur peine en cellule; le délai est nécessaire pour que l'amendement puisse être sérieusement constaté, pour éviter les erreurs dues à l'hypocrisie, erreurs qui ont failli menacer en Angleterre l'existence de l'institution (3). Qu'il y ait inégalité, c'est la conséquence forcée de toute limite; la grâce corrigera les injustices possibles pour les condamnés repentants qui subiront des peines plus courtes.— La Chambre respecta le taux de trois mois fixé comme durée de la peine à subir effectivement, afin de pouvoir constater l'amendement; mais elle supprima la nécessité d'une condamnation à six mois d'emprisonnement pour éviter des inégalités qui la choquaient: un condamné à six mois aurait pu n'en subir que trois, et un homme moins coupable qui aurait en-

(1) Chambre, séance du 16 mai 1885 (*Offic.* du 17).

(2) Aux Pays-Bas 3 ans; en Autriche, en Allemagne, en Italie, en Suisse, 1 an.

(3) En Angleterre, il faut au moins 5 ans de servitude pénale.

couru quatre ou cinq mois n'aurait eu droit à aucune réduction (1). Cette atténuation fut acceptée à contre-cœur par le Sénat ; du moment qu'on était obligé de poser une limite, il fallait la maintenir ; car une concession quelconque peut toujours en entraîner une nouvelle, puisqu'il y aura toujours des cas voisins si favorables, qu'il est difficile de comprendre pourquoi la limite n'est pas reculée davantage.

Comment se calculeront ces trois mois à subir effectivement en prison ? Un exemple fera saisir cette petite difficulté : un individu est condamné à quatre mois de prison ; il se trouve dans les conditions de la loi ; la libération conditionnelle est possible ; mais il subit sa peine en cellule, ce qui réduit sa peine du quart, c'est-à-dire à trois mois ; la libération conditionnelle reste-t-elle alors possible ? Non ; la loi est formelle ; elle exige un minimum de trois mois effectivement passé en prison, afin qu'on ait le temps de constater le repentir ; donc, et cela a été formellement dit au cours de la discussion, seront exclus de la mesure nouvelle tous les condamnés à trois mois et moins, ou à plus de trois mois mais qui voient leur peine réduite à ce taux grâce à d'autres circonstances, comme la réduction du quart de la loi de 1875 ou une réduction de peine.

A une question posée par M. le Commissaire du Gouvernement relativement au cas rare de peines cumulées, qu'il croyait être compris dans les expressions de la loi nouvelle, M. Béranger répondit que la loi nouvelle ne serait pas pour ceux qui n'auraient encouru une durée de prison supérieure à six mois (ancien projet) et à trois mois (nouvelle rédaction) que

(1) Chambre, séance du 18 mai 1885 (*Offic. du 19*).

par suite d'un cumul de peines (1). Donc si nous prenons l'exemple d'un individu venant d'être condamné à trois mois de prison pour vol, et qui, s'évadant le jour même où sa peine commençait à courir, est condamné pour ce fait à trois mois de prison (art 245, Code pénal) (2), comme les peines se cumulent et font un total de six mois, la lettre de la loi aurait semblé être applicable; le rapporteur a constaté qu'il n'en serait rien, et avec raison : un nouveau délit ne peut faire attribuer à un détenu une faveur à laquelle il n'a pas droit d'après sa première condamnation.

B. CONDITIONS MISES A L'OBTENTION DE LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Une première condition a déjà été examinée; le condamné doit avoir subi au moins trois mois d'emprisonnement effectif, et six mois s'il est récidiviste soit en vertu des articles 56 à 58 du Code pénal soit en vertu de la loi du 27 mai 1885. Lorsque la peine encourue est d'une durée assez longue pour que, même en tenant compte de la diminution résultant de la libération conditionnelle ou de la réduction due à la loi de 1875, le condamné reste en prison pendant plus de trois ou six mois, l'article 2 exige une condition spéciale : c'est que le condamné ait subi au moins moitié de la peine, s'il n'est pas récidiviste, et les 2/3 dans le cas contraire; cette sévérité à l'égard des récidivistes se comprend d'elle-même : pour ceux qui ont donné des preuves d'une perversité plus grande il faut un temps d'épreuve plus grand aussi pour constater l'amendement, et la raison veut qu'en tous cas on éta-

(1) Sénat, séance du 22 mars 1884 (*Offic.* du 23).

(2) Il faut supposer que des circonstances atténuantes lui ont été accordées.

blisse une différence sensible entre celui qui en est à sa première faute et celui qui est déjà retombé.

La seconde condition, c'est le repentir sincère du détenu manifesté par le travail et la bonne conduite. Qui appréciera l'amendement ? Ceux qui ont la surveillance des condamnés, ceux qui sont chargés de l'instruire et de le moraliser, ceux qui sont en rapport avec lui. Mais il était à craindre qu'il y eût dans cette appréciation des abus, qu'il y eût en réalité un pouvoir par trop arbitraire accordé à l'administration, et, du moment qu'on voulait faire de la libération le prix d'efforts soutenus, il fallait que le condamné qui les avait faits eût une sorte de droit à ce prix, sans être complètement à la merci des dispositions du moment plus ou moins favorables de ses surveillants. C'est pourquoi l'article 1 édicte la nécessité d'un régime spécial à établir pour la constatation journalière de la conduite et du travail : c'est le système des marques connu depuis longtemps en Angleterre où il a donné les meilleurs résultats. Ces notes journalières sont une garantie précieuse d'un repentir soutenu, étranger à l'hypocrisie ; une fois acquises, elles restent au compte définitif du condamné, et l'ensemble de la conduite résultera en quelque sorte d'une opération mathématique qui diminue dans une large mesure l'arbitraire de l'administration.

On aurait pu comprendre que la loi, ou plutôt le règlement, ait fixé une moyenne de notes, grâce à laquelle tout condamné aurait pu réclamer comme un droit sa libération provisoire. La loi n'a pas été aussi loin, et avec raison ; l'expérience avait démontré que c'étaient souvent les plus pervers qui semblaient les plus soumis, et il était à craindre que la moyenne donnant droit à la libération fût facilement atteinte par les gens

les plus dangereux, grâce à une hypocrisie soutenue, et que l'institution nouvelle ne succombât aux attaques dont elle serait facilement l'objet au cas d'une recrudescence de méfaits venant de libérés conditionnellement. Pour déjouer tous les calculs, il était nécessaire de laisser à l'administration un pouvoir arbitraire et de pas faire de la libération un droit absolument certain pour le condamné. Aussi l'article 3 décide-t-il que les arrêtés de mise en liberté sont pris par le Ministre de l'Intérieur, qui est libre de la refuser (1). On a contesté la compétence de ce ministre, sous le prétexte que cette mesure est du ressort judiciaire et non du ressort administratif ; on a répondu avec raison que le Ministre de l'Intérieur, ayant seul la surveillance des prisons, seul peut constater l'amendement. Cette réponse laisse de côté la question de savoir si, comme cela nous paraît bon, il ne vaudrait pas mieux rattacher le service des prisons au Ministère de la Justice. Quant aux autorités dont le Ministre doit demander l'avis, ce sont le préfet, le directeur de l'établissement ou de la circonscription pénitentiaire, la commission de surveillance de la prison et le parquet du tribunal ou de la Cour qui a prononcé la condamnation, c'est-à-dire tous ceux qui ont pu se rendre compte de l'état moral du condamné et de ses dispositions.

Bien des objections furent faites à cette réglementation dans le cours de la discussion de la loi. Les uns, comme M. Camescasse (2), ont blâmé cet arbitraire laissé à l'administration : à l'opposé de ce qui se passe en Angleterre, où la libération est un droit pour celui qui a obtenu un certain nombre de points, le condamné

(1) En Hongrie, c'est le ministre de la Justice ; il en est de même aux Pays-Bas.

(2) Chambre, séance du 16 mai 1885. (*Offic.* du 17).

français comptera sur des recommandations ou s'exercera à l'hypocrisie.

Une autre difficulté résulte de ce que le régime est bien différent pour les prisons de France ; les unes, les moins nombreuses, sont cellulaires, les autres en commun, et parmi celles-ci les divisions en quartiers sont plus ou moins multipliées : l'amendement ne pourra donc pas se constater de la même façon ; les garanties varieront avec les établissements ; et, à moins de faire des quantités de règlements concernant chaque prison en particulier, règlements entre lesquels existera toujours une différence arbitraire, la loi nouvelle, dit-on, n'est pas d'une exécution possible. Répondons que cette objection revient à dire que toutes les institutions humaines sont imparfaites : partout il y a de l'arbitraire dans le bon sens de cette expression ; tout ce qui est question d'appréciation ne peut se résoudre mathématiquement, et rien n'est plus susceptible d'appréciation que l'état moral d'un homme : à la condition d'avoir une administration aussi honnête que possible, de faire un choix judicieux parmi les agents de toute nature de l'administration pénitentiaire, l'objection n'est donc pas de nature à faire rejeter une institution aussi précieuse et qui a déjà fait ses preuves dans d'autres pays.

D'autres (1) ont vu dans ce droit accordé à l'administration et au ministre une confusion de pouvoirs et une dévolution partielle à l'administration du droit de grâce, qui, dans notre constitution, n'appartient qu'au Président de la République (a. 3, § 2, loi constitutionnelle du 25 février 1875) ; l'administration n'a pas le droit de toucher à l'œuvre de la justice, elle ne peut

(1) M. Brunet. Sénat, séance du 22 mars 1884 (*Offic.* du 23).

qu'exécuter ses décisions, et l'article 3 de la loi nouvelle l'autorise à y déroger. De plus cet arbitraire laissé à l'administration donnera lieu plus facilement aux abus que celui laissé au Président de la République dans l'exercice du droit de grâce : ce caractère de pure faveur qui dérive de l'article 3 doit donc être réservé au Président ; tout ce que la loi nouvelle peut à bon droit demander, c'est que celui-ci prononce sur la proposition du Ministre de l'Intérieur et après avis conforme du Ministre de la Justice.

M. Béranger répondit qu'il n'y avait pas d'assimilation possible entre la libération conditionnelle et la grâce. Le but de celle-là n'est pas de supprimer ou modifier la peine, le casier judiciaire continuant à mentionner la condamnation encourue dans son intégralité ; elle est au contraire un mode particulier d'exécution de cette peine, puisque, au cas de révocation, la réintégration a lieu pour tout le reste de la peine non subie ; la grâce au contraire met fin à la peine et n'admet pas de révocation possible. Tandis que la grâce est un acte de pure faveur accordée ou refusée suivant le bon plaisir du Président, sans conditions, et a pour but principal de corriger les erreurs de la Justice, la libération conditionnelle, quoique laissée à l'appréciation de l'administration par suite des nécessités pratiques, n'en est pas moins un acte de justice, le prix d'efforts dans la voie du bien, révocable si l'amendement n'était que superficiel. Enfin un dernier argument peut être invoqué, quoiqu'il ne suffise pas à lui seul ; c'est que la lenteur de la procédure de la grâce serait incompatible avec les exigences d'une mise en liberté, qui deviendrait inutile si elle était trop longtemps attendue, et surtout d'une révocation qui doit être aussi prompte que possible.

Toutefois la libération n'est pas accordée sans conditions; l'article 6 à cet égard est ainsi conçu : « Un règlement d'administration publique déterminera la forme des permis de libération, les conditions auxquelles ils peuvent être soumis et le mode de surveillance spéciale des libérés conditionnels. L'administration peut charger les sociétés ou institutions de patronage de veiller sur la conduite des libérés qu'elle désigne spécialement et dans les conditions qu'elle détermine. »

Il était juste en effet que l'administration pût mettre à la faveur qu'elle accordait certaines conditions spéciales et organisât des précautions dans la crainte que les libérés livrés à eux-mêmes ne devinssent une cause de trouble dans la société. Nous verrons plus tard le rôle que sont appelées à jouer à leur égard les sociétés de patronage; nous verrons également la sanction mise à l'observation des conditions du permis de libération.

C. — EFFETS DE LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Comme son nom l'indique, l'effet de cette mesure est la mise en liberté du détenu avant l'expiration totale de sa peine, sous la condition qu'il continuera à vivre honnêtement et à observer les prescriptions de son permis de libération, et sous la menace d'une révocation dans des conditions déterminées.

L'effet de la libération conditionnelle consiste donc dans une diminution provisoire, qui peut devenir définitive, de la peine privative de la liberté; elle est donc en principe sans influence sur toutes autres peines soit principales soit accessoires, parmi lesquelles nous citerons l'amende, l'interdiction de séjour, la dégradation civique, les déchéances de l'article 42 du Code pénal, etc. Nous avons vu même qu'elle ne s'appliquait

pas aux peines perpétuelles. La grâce seule peut relever des autres peines et rendre ces dernières susceptibles de libération conditionnelle.

Toutefois une difficulté se présentait au cas d'une condamnation à une peine d'emprisonnement et à la relégation en vertu de la loi du 27 mai 1885. La loi nouvelle dans son projet primitif ne visait pas ce cas; ce fut sur la demande du Ministre de l'Intérieur que les deux derniers paragraphes de l'article 2 actuel furent introduits. En l'absence d'un texte spécial les principes auraient conduit à déclarer que la libération conditionnelle obtenue relativement à la peine d'emprisonnement n'aurait eu aucune influence sur la relégation, et qu'à l'époque où finissait la peine judiciairement prononcée, le condamné aurait dû être transporté; de plus la libération conditionnelle n'aurait pas pu s'appliquer à la relégation, pour laquelle il n'y avait avant le départ aucun commencement d'exécution, et qui est une mesure perpétuelle pour la cessation de laquelle la loi du 27 mai 1885 avait organisé une procédure judiciaire toute particulière (art. 16). — On fit observer qu'il y avait quelque chose de choquant à reléguer comme incorrigible un homme qui, malgré le nombre de ses fautes, avait donné des preuves d'amendement suffisantes puisque la libération conditionnelle de la peine du dernier délit lui avait été accordée; pourquoi alors lui infliger une mesure dont la nécessité vient de recevoir un éclatant démenti? N'y a-t-il pas dans une remise provisoire de cette mesure un nouvel appel à sa bonne volonté pour conserver un sursis qu'il a commencé à mériter? Aussi la Chambre établit-elle entre la dernière peine et la relégation une sorte de solidarité et déclarait-elle que la libération provisoire accordée pour la peine princi-

pale s'étendrait à la mesure accessoire de la relégation. Le Sénat trouva cette opinion exagérée et craignit que cette décision n'amenât un affaiblissement habituel de la répression à l'égard des récidivistes; et il fit insérer les deux paragraphes actuels; ils se résument ainsi: suppression de la solidarité établie entre la peine principale et la relégation (1), possibilité de dispenser même de la relégation, mais à la condition que la libération conditionnelle ait été également accordée pour la peine du dernier délit; cette distinction de la peine principale et de la relégation a pour but d'appeler doublement l'attention sur le relégué et d'éviter les abus possibles.

Combien de temps dure cet état de libération provisoire? La révocation qui menace le libéré est-elle indéfiniment suspendue sur sa tête? Le paragraphe 4 de l'article 2 déclare la libération définitive, si la révocation n'est pas intervenue avant l'expiration de la durée de la peine: il était évident que le condamné ne pouvait pas rester indéfiniment et toute sa vie sous le coup d'une révocation qui lui aurait fait réintégrer la prison pour tout le reste de la peine à subir; ce serait changer une peine temporaire en une peine perpétuelle. Quant à la relégation, la révocation, qui atteint la libération de la peine principale, l'atteindra aussi, et si la durée de la peine principale est expirée totalement, une révocation spéciale est possible pour la relégation; le délai fixé a une durée de dix ans et qui commence à courir de la date de l'expiration de la peine principale (art. 2 § 6).

(1) Il est bon de noter l'expression employée encore ici pour désigner la relégation; l'article 2 l'appelle *une mesure* et non *une peine*.

D. — DE LA RÉVOCATION DE LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Il était naturel que le condamné, qui n'obtenait cette faveur qu'à la condition de vivre honnêtement, se la vit retirer si sa conduite ne répondait pas aux espérances qu'on pouvait avoir à son sujet. Mais une difficulté se présentait : à qui appartiendrait le droit d'apprécier les cas de révocation et de la prononcer ? M. Brunet voulait que ce fût au pouvoir judiciaire, qui offre toute garantie contre les mesures arbitraires. Il lui fut répondu qu'une fois la condamnation prononcée la Justice avait rempli son rôle, et que, la libération conditionnelle n'étant qu'un mode anormal d'exécution de la peine, la révocation devait appartenir à la même autorité qui était chargée de l'exécution de la peine, c'est-à-dire au Ministre de l'Intérieur. Mais on songea à préciser autant que possible les cas de révocation pour laisser le moins de prise possible aux abus : aussi l'article 2, § 3 déclare-t-il que ces cas sont d'une part l'infraction aux conditions spéciales exprimées dans le permis de libération et d'autre part *l'inconduite habituelle et publique dûment constatée*. Le premier texte voté par le Sénat portait « inconduite notoire » ; ce qui, expliquait M. Bérenger, a un sens légal bien défini ; ces mots comprennent « la continuité d'actes répréhensibles dont l'éclat a ému le public », et non un acte répréhensible isolé. C'est ainsi que s'exprime la loi Roussel qui a fait de l'inconduite notoire des parents un cas de déchéance de la puissance paternelle. Le mot « indignité » proposé par l'administration fut jugé trop vague. Les expressions actuelles furent votées en deuxième délibération sans qu'on ait donné de motifs du changement, mais la pensée de la loi est bien nette.

Les autorités qui doivent donner leur avis au Ministre de l'Intérieur sur la révocation doivent naturellement différer de celles qui le donnent sur la mise en liberté : ce sont le préfet et le Procureur de la République de la résidence du libéré (art. 3 § 3). Cette solution n'était pas celle proposée par la commission de la Chambre qui n'établissait pas de distinction entre les autorités pour la mise en liberté et pour la révocation. On fit observer avec raison au Sénat (1) que les autorités qui sont témoins de la conduite du libéré ne sont pas les mêmes la plupart du temps que celles qui l'ont connu en prison ; la modification actuelle fut donc apportée et adoptée par les deux Chambres.

L'arrestation d'un libéré peut être urgente, et on comprend que dans certains cas il eût été dangereux d'attendre une décision ministérielle toujours lente à venir. Aussi l'article 4 autorise-t-il l'autorité administrative ou judiciaire à ordonner provisoirement l'arrestation du libéré, sauf à en référer immédiatement au Ministre de l'Intérieur qui prononce définitivement. L'effet de la révocation, si elle est prononcée, remonte au jour de l'arrestation, c'est-à-dire que le restant de la peine à subir est censé avoir reçu son exécution à partir de cette date.

La révocation rend à la peine prononcée toute son efficacité ; et tout ce qui n'en a pas été subi devra être exécuté, quand même cela prolongerait la peine au-delà de la date où elle eût expiré si la libération provisoire n'avait pas été accordée (art. 5, § 1). Le deuxième paragraphe de cet article était ainsi conçu dans le projet du Sénat : « Si l'arrestation provisoire n'est pas suivie de révocation, le temps de sa durée compte pour

(1) Sénat, séance du 22 mars 1883. (*Offic.* du 24).

l'exécution de la peine ; » puisqu'on faisait compter l'arrestation provisoire maintenue, il était juste que les moins coupables, dont l'arrestation provisoire n'était pas suivie de révocation, eussent leur peine diminuée d'autant au cas de révocation postérieure. La Chambre a substitué les mots actuels qui changent complètement le sens de la phrase, sans se douter que le texte nouveau n'était qu'une répétition du dernier paragraphe de l'article 4.

L'article 9 n'est qu'une disposition transitoire qui voulait rendre la libération conditionnelle applicable avant que le régime prévu par les articles 1, 2 et 6 fût complètement organisé ; pour qu'on pût constater la bonne conduite des détenus au moment de la promulgation de la loi, cet article recule de trois mois son exécution. Il n'a plus d'application aujourd'hui.

CONCLUSION

A l'époque où nous écrivons ces lignes, les espérances fondées sur la libération conditionnelle ont été presque complètement déçues. La loi du 14 août 1885 a été si peu appliquée, que M. Béranger, son auteur, en a fait l'objet d'une interpellation au Sénat dans la séance du 27 janvier 1888 (*Off.* du 28, déb. parl., p. 43 et suiv.). L'honorable sénateur constate avec regret que le budget affecté à cette institution a été progressivement réduit ; que le nombre de permis de libération a été jusqu'à présent dérisoire ; que sur 70,000 condamnés pour la première fois chaque année, il y a eu en 1886, 212 libérations conditionnelles, et 493 en 1887 (total 705) ; que le système de marques dont l'article 1^{er} parlait n'a pas encore été organisé, que les rapports

prescrits par l'article 12 sur l'exécution de la loi n'ont pas été faits ; que la libération est entravée par des formalités trop nombreuses, que les directeurs des prisons et les gardiens en dégoûtent les prévenus ; enfin qu'on ne peut se retrancher derrière l'absence de sociétés de patronage auxquelles le budget ne consacre que des ressources insuffisantes. M. Sarrien, ministre de l'Intérieur, a reconnu l'exactitude de la plupart de ces faits : les parquets se montrent hostiles à cette institution et préfèrent la réduction de peine par voie de grâce, les préfets consultent les autorités du lieu du crime ou du délit qui pour la plupart protestent dans la crainte de voir reparaitre le condamné malgré l'interdiction de séjour ; les prévenus eux-mêmes préfèrent à une libération révocable une grâce qui est, il faut le reconnaître, trop facilement accordée ; l'administration craint que des rechutes trop nombreuses ne nuisent à l'institution ; enfin, les sociétés de patronage, qui sont le complément indispensable de la libération conditionnelle, se sont tellement peu développées, malgré les crédits votés, qu'en 1887 il est resté une somme de 6,000 francs non employée sur ces crédits.

Que prouvent tous ces faits ? Evidemment rien contre l'institution elle-même qui en réalité n'a pas été expérimentée. Aussi n'avons-nous qu'à former des vœux avec M. le Ministre de l'Intérieur pour la prompte exécution d'une mesure que nous croyons appelée à rendre de très réels services.

ARTICLE III

Du patronage. (Loi du 14 août 1885. Titre II.)

Le Congrès pénitentiaire international de Stockholm de 1878 déclarait que « le patronage des libérés adultes est le complément indispensable d'une discipline pénitentiaire réformatrice » et qu'il est « une des mesures qui peuvent efficacement concourir à la diminution de la récidive. » Rien n'est plus vrai que cette idée. Malgré le repentir, malgré les meilleures résolutions, le condamné qui sort de prison voit se dresser devant lui une foule d'obstacles contre lesquels viennent se briser tous ses efforts.

Comme le faisait parfaitement remarquer l'honorable M. Bérenger, dont l'autorité en ces matières est incontestable, la comparaison du libéré avec un débiteur qui a payé sa dette est absolument fausse ; la société ne lui rend ni la considération, ni l'honneur ; elle le repousse sans pitié, lui refuse tout travail, et de cette lutte, où il succombe, le libéré sort avec la haine qui mène au crime volontairement accompli, ou avec le découragement et la misère qui sont les principales causes du vagabondage et des délits involontaires ; si on ajoute à cela les dangers d'une transition brusque de l'état de détention à la liberté, on voit que la plupart des libérés voués fatalement à la misère ou au crime constituent un péril sérieux pour la société. A cette situation quel remède est possible ? La surveillance de l'autorité ; nous avons vu qu'elle a été condamnée par les meilleurs esprits, et la loi du 27 mai

1885 a aboli avec raison l'ancienne surveillance de la haute police. En réalité, la véritable garantie contre la récidive est l'amendement du coupable ; il faut donc qu'au sortir de la prison les efforts déjà faits vers ce but soient encouragés, qu'on aplanisse les difficultés qui s'opposent au reclassement, qu'on évite au libéré les affronts qui abattent l'âme, qu'on lui procure du travail par des recommandations discrètes qui ne divulguent pas sa situation, que dans les premiers temps on lui donne quelques secours pécuniaires et surtout de bons conseils, que sous l'intérêt qu'on lui porte se cache une surveillance qui, tout en ne se faisant pas sentir, soit réellement effective. A qui revient de droit ce noble rôle ? C'est l'exercice du devoir de charité, auquel l'Etat par sa nature est absolument étranger : pour le bien remplir, il faut du dévouement, il faut du cœur ; et la charité ne s'exerce pas par des fonctionnaires, si estimables qu'ils soient, payés dans ce but. La charité privée seule est efficace (1) ; c'est le patronage : ce sentiment est à ce point naturel que dans tous les pays le patronage a été créé par l'initiative privée. Écartons donc l'idée de maisons de refuge créées par l'Etat, dans lesquelles les libérés ne verraient qu'une continuation de la prison : « la charité privée, a-t-on dit, peut panser d'une main discrète et légère certaines plaies sociales auxquelles le législateur ne saurait toucher sans péril. » Le rôle de l'Etat doit se borner à surveiller les sociétés de patronage auxquelles il confie des libérés, et à leur fournir des subsides. Toutefois, il est des limites à ces secours qui peuvent être accordés aux libérés ; évidemment ils devront être administrés de préférence aux plus

(1) M. Bonneville, à son cours.

dignes, à ceux qui ont déjà donné des preuves non équivoques d'amendement, et particulièrement aux libérés conditionnels ; il ne faut pas qu'ils se prolongent, sous peine de devenir un encouragement au délit ; il faut que le libéré ne compte que sur un travail qu'on lui facilitera le plus promptement possible, et que les secours qu'on lui donne ne le mettent pas dans une position supérieure à celle des ouvriers honnêtes qui travaillent péniblement ; il faut surtout que l'Etat, qui se décharge sur les sociétés de patronage de son devoir de surveillance, n'abandonne pas complètement ses prérogatives, et qu'il puisse toujours intervenir, suivant les nécessités du moment. C'est à ces conditions que le patronage peut donner des résultats appréciables ; c'est pour s'y être conformées que les sociétés déjà existantes en France et surtout à l'étranger ont obtenu un véritable succès.

Comme cela est arrivé pour beaucoup d'autres institutions, le patronage a pris naissance sur le sol français, y a végété pendant longtemps tandis qu'il devenait florissant chez les nations étrangères qui nous l'avaient emprunté, jusqu'à ce qu'enfin les efforts de M. Bérenger lui aient fait attribuer une sorte de reconnaissance légale. La première société de ce genre fut la société pour le patronage des jeunes détenus du département de la Seine, créée en 1833 ; le patronage fut étendu aux jeunes détenus de toute la France par M. Duchâtel, ministre de l'Intérieur, dans une circulaire du 28 mai 1842. Ce qu'il y a de plus curieux, c'est que les résultats inespérés obtenus n'aient pas suggéré plus tôt la pensée d'étendre aux adultes les avantages de cette institution : les statistiques constatent, en effet, que la récidive des jeunes détenus, qui avant 1833 était de 75 0/0, descendait en 1843 au chiffre de

10 0/0, pour atteindre 3,40 0/0 en 1860; c'étaient, dans l'espace de trente ans, 7000 jeunes détenus rendus à la vie honnête.

Tandis qu'en France l'opinion publique semblait se désintéresser de la question, les peuples voisins donnaient au patronage une extension dont les bienfaits ne tardèrent pas à se faire sentir. En Angleterre et en Irlande, il devenait le dernier terme du nouveau régime pénitentiaire que ces deux pays inauguraient; l'Etat ne ménage pas ses subventions (1), et à l'heure actuelle, auprès de chaque prison se trouve établie et fonctionnant avec une régularité parfaite une société de patronage. Aux Pays-Bas il y a une société centrale à Amsterdam et des sections près de chaque prison, des comités de dames pour les détenues : le devoir de chaque membre consiste dans la visite des prisonniers rendue excessivement facile, les exhortations et l'assistance par tous les moyens possibles. En Bavière, chaque libéré est confié à une personne charitable qui exerce à son égard en quelque sorte les devoirs de la paternité. La même institution se représente en Allemagne, en Belgique, en Danemark, en Suisse.

Des efforts avaient cependant été faits en France avant en 1885, mais ils s'étaient heurtés à une sorte de répugnance de la part de l'opinion publique; les donations si nombreuses chez nous pour toute œuvre charitable semblaient exclure impitoyablement une œuvre aussi noble et aussi nécessaire. C'est à peine si, au moment du vote de la loi nouvelle, on pouvait compter 60 sociétés de ce genre dont 10 à 12 seulement

(1) Certaines sociétés reçoivent jusqu'à 100,000 fr. chacune, tandis qu'en France on a une subvention qui a varié de 60 à 120,000 francs pour toutes, et cette somme ne trouve même pas l'occasion d'être totalement distribuée.

fonctionnaient sérieusement. L'une d'elles en particulier est digne de tous les éloges qu'on ne lui a pas ménagés du reste au sein des Chambres : c'est la société de St-Léonard (1) reconnue d'utilité publique, recueillant les condamnés les plus méprisés du public, et qui obtient des résultats surprenants. Citons encore : la société de patronage pour les jeunes détenus de la Seine, l'Œuvre des prisons d'Aix, l'Œuvre des dames de la Miséricorde à Grenoble, l'Œuvre des prisons de Toulouse, la Solitude de Nazareth (près Montpellier), l'Œuvre des dames protestantes de St-Lazare, et la maison de refuge de Béthanie pour les femmes. Enfin en 1871 se fondait la Société générale pour le patronage des libérés, à la propagation de laquelle M. Bérenger a pris lui-même une part des plus actives; cette société, au début mal accueillie, a forcé l'opinion à reconnaître ses immenses services, a gagné la protection de l'Etat et des conseils généraux ou municipaux, et aujourd'hui a près de 60 comités dans les centres importants.

La loi nouvelle se proposa de donner à ces sociétés une sorte de consécration législative, d'en encourager le développement en mettant à leur service des ressources prises sur le budget. Les articles 7 et 8 font connaître que les libérés (il faut entendre par là les libérés conditionnels, l'allocation étant calculée sur le temps qui restait à courir de la peine) peuvent être remis à des sociétés de patronage qui seront agréées par l'administration toujours libre de refuser son autorisation en cas d'abus; ces sociétés peuvent même se voir attribuer, sous certaines conditions, le droit de surveillance qui appartient à l'Etat (art. 6, § 2); elles

(1) A. Couzon (Rhône).

seront aidées dans l'accomplissement de leur mission pour l'administration pénitentiaire et les commissions de surveillance des prisons (1).

Quoique les sociétés de patronage s'occupent aussi des libérés qui n'ont pas bénéficié d'un permis de libération, l'Etat n'accorde cependant ses subsides que pour ceux qui ont obtenu la libération conditionnelle : l'article 8 alloue 0 fr. 50 par jour et par libéré, pour tout le temps qu'il est patronné effectivement, sans cependant que ce temps puisse dépasser celui du restant de la peine ni que l'allocation totale puisse dépasser 100 francs, le tout dans les limites du crédit inscrit dans la loi de finances (art. 7). M. Camescasse (2) trouva exorbitant le vote de ces articles qui lui semblaient engager nos finances pour l'avenir et faire de la subvention un droit pour les sociétés et une véritable créance contre l'Etat.

Il fut répondu avec raison que l'Etat reste libre en refusant son agrément de ne pas confier de libérés aux sociétés qui lui sembleraient défectueuses ; quant au chiffre inscrit au budget, il faudra encore longtemps avant que les sociétés prennent un développement inquiétant pour les finances ; du reste la loi nouvelle n'engage pas l'avenir, puisque les Chambres restent maîtresses du budget de chaque année, et il est à espérer que la pensée des donateurs généreux se portera enfin vers une œuvre aussi nécessaire.

Du reste le compte de ce qu'un détenu dépense en prison est supérieur à ce qu'il coûtera à l'Etat en le

(1) Les Commissions établies près de chaque prison par l'ordonnance du 14 novembre 1847, composées de fonctionnaires, n'ont pas fonctionné conformément au vœu de l'ordonnance : sur 319 qui existaient théoriquement tout au moins en 1884, 116 fonctionnaient normalement, 99 irrégulièrement et 104 pas du tout.

(2) Chambre, séance du 16 mai 1885, *Offic.* du 17.

remettant entre les mains de sociétés de patronage : il a été reconnu qu'un détenu coûtait environ 1 franc par jour, non comprise sa part dans les dépenses générales d'entretien des bâtiments et du personnel ; en donnant 0 fr. 50 aux sociétés de patronage, l'Etat réalise une petite économie (1).

L'insoumission d'un libéré à l'égard d'une société a pour sanction la révocation possible de la libération conditionnelle.

Malgré toutes les promesses que peut donner cette belle institution, il faut constater avec regret que les efforts faits jusqu'à ce jour n'ont donné que de bien modestes résultats ; ces efforts honorent d'autant plus leurs auteurs que les difficultés innombrables, auxquelles ils se sont heurtés, n'ont fait que les encourager dans une admirable opiniâtreté. Espérons qu'à l'exemple de ce qui s'est passé chez les nations étrangères l'institution, dont l'idée première est toute française, triomphera de l'indifférence de l'hostilité même que nos mœurs semblent lui témoigner !

ARTICLE VI

De la réhabilitation. (Loi du 14 août 1885, titre III, Code pénal, art. 619 à 634).

Nous avons déjà vu ce qu'était la réhabilitation dans les législations qui ont précédé la nôtre. Pour en avoir une notion suffisante, nous croyons devoir diviser cette étude en quatre paragraphes :
1° Quelle est le but et quel doit être la réglementa-

(1) Sénat, séance du 22 mars 1884. (*Offic.* du 23.)

tion rationnelle de la réhabilitation? — 2° Motifs de la réforme de 1885 et dispositions principales; — 3° Conditions de la réhabilitation d'après le Code pénal modifié par la loi du 14 août 1885; — 4° Effets de la réhabilitation.

§ I. — **But et principes rationnels de la réhabilitation**

La réhabilitation, a-t-on dit, est la fin et comme le couronnement du régime pénitentiaire. L'individu qui a été condamné pour un fait coupable, qui a subi sa peine, n'est pas, dans bien des cas, assimilé au débiteur qui a payé sa dette, quoique cette comparaison soit très commune. Sans vouloir parler de cette espèce d'infamie, de déshonneur qui dans l'opinion publique s'attache à toute condamnation, et sur laquelle le législateur ne possède aucun pouvoir, celui-ci pour la plupart des infractions n'a pas jugé l'homme, qui a commis une faute, digne de rentrer, même après l'expiation corporelle subie, dans les mêmes droits que les autres citoyens : dans presque tous les pays il l'a frappé d'incapacités qui constituent autant de garanties pour la société; de plus il a donné à l'existence de cette première condamnation l'effet important qui a fait l'objet de toute cette étude, celui d'aggraver au cas de récidive le châtiment ordinaire. Cette indignité spéciale qui pèse sur tout condamné à raison de la perversité dont il a fait preuve est parfaitement justifiée.

Mais cette tache sera-t-elle indélébile? Ces incapacités seront-elles perpétuelles? Le repentir qui efface la faute, cette idée toute chrétienne ne doit-elle avoir d'application qu'à un point de vue exclusivement religieux et restera-t-elle étrangère aux

lois civiles? La raison répond négativement. Toutes ces conséquences d'une faute sont dues à une véritable présomption d'immoralité ; si la présomption vient à être renversée par la preuve d'une conduite irréprochable, d'un retour définitif au bien, les conséquences n'ont plus de raison d'être, et la justice et l'humanité demandent à ce qu'elles disparaissent. Ces observations nous démontrant qu'il y a là une œuvre juste, une œuvre utile, l'institution qui la réglerait a droit de prendre rang dans l'ensemble des lois positives ; cette institution, c'est la réhabilitation.

Son but est connu ; offrir comme récompense à celui qui s'est amendé l'espoir de voir disparaître plus tard le souvenir douloureux de son passé, de recouvrer la situation morale et matérielle que la condamnation lui a fait perdre. Une législation pénale rationnelle ne pouvait omettre un moyen si puissant de régénération.

Mais pour que ce but soit atteint, il faut que la réglementation de la réhabilitation soit conforme aux exigences de la raison, de la justice et de l'humanité. Quels doivent être à ce point de vue le caractère, les conditions et les effets de cette institution ? — Nous l'avons vu, la tache imprimée par la faute, les incapacités qui y ont été attachées ont pour fondement une présomption d'indignité : que la conduite du condamné vienne dans la suite à faire mentir la présomption, celle-ci doit tomber et entraîner dans sa chute toutes ses conséquences. C'est la justice qui l'exige, tout autant que l'intérêt social. Donc la réhabilitation est un droit pour celui qui l'a méritée ; c'est un acte de justice et non de faveur. De cette idée découle une conséquence importante,

c'est que l'autorité chargée de prononcer sur une demande en réhabilitation doit être non pas celle qui peut accorder des faveurs, mais celle qui reconnaît un droit et en applique les conséquences, c'est-à-dire : la justice.

On voit par là quelle différence sépare la réhabilitation de la grâce ; l'une est un droit que constate le pouvoir judiciaire qui apprécie si les conditions en sont remplies ; l'autre est un acte de faveur laissé à l'arbitraire du pouvoir exécutif. Quant aux effets, ils doivent également différer : tandis que la grâce laisse subsister la condamnation, dispense seulement de l'exécution matérielle de la peine, a surtout pour but de réparer les erreurs possibles de la justice sans qu'il soit rationnellement nécessaire qu'il y ait amendement constaté, la réhabilitation doit, pour être conforme à son but, effacer, au moins dans la mesure de ce que la loi peut atteindre, jusqu'au souvenir du passé, remettre celui auquel elle s'applique dans la même situation que si la première condamnation n'avait jamais existé : il est évident qu'on ne peut empêcher qu'un fait ait existé, que la peine ait été subie ; mais tout au moins peut-on déclarer que le réhabilité sera replacé sur le même pied relativement aux différentes prescriptions de la loi que ceux de ses concitoyens qui n'ont pas commis d'infraction.

Que des précautions minutieuses soient prises pour que l'amendement ne laisse aucun doute, qu'on exige certaines épreuves, cela va sans dire, mais la détermination de ces conditions doit être faite quant aux détails en tenant compte principalement des leçons de l'expérience ; il serait donc difficile de les fixer *a priori* : quel doit être le temps d'épreuve, par quels moyens le condamné justifiera-t-il de sa bonne con-

duite, quelles autorités devront fournir des attestations sur le sollicitant, quelle sera la procédure à suivre ? Ce sont là des questions auxquelles nous ne pouvons répondre quant à présent. Tout ce que nous avons à retenir, c'est qu'au point de vue du droit rationnel la réhabilitation est un droit pour celui qui réunit les conditions voulues, qu'elle doit être prononcée par le pouvoir judiciaire, et que ses effets doivent être d'effacer la condamnation prononcée et toutes ses conséquences.

§ II. — **Motifs de la réforme de 1885 sur la réhabilitation et dispositions principales.**

Le Code d'instruction criminelle de 1808 avait organisé la réhabilitation dans un sens tellement peu pratique que ce devait être une sorte d'objet de luxe dans notre législation. L'expérience l'a bien démontré ; malgré des réformes partielles successives, les résultats obtenus jusqu'en 1885 n'étaient pas brillants. La moyenne des réhabilitations prononcées était de 20 par an jusqu'en 1847 ; elle a atteint 82 en 1852, et ce n'est que grâce à des tolérances contraires à la loi que l'on est parvenu au chiffre de 528 en 1879, sur un total de près de 200,000 condamnations prononcées.

En pouvait-il être autrement d'une institution dans laquelle le législateur de 1808 n'avait même pas confiance et qui avait failli n'être pas inscrite dans la loi. C'est à Cambacérès que la réhabilitation a dû son existence (1). A l'objection, que cette institution adoptée par l'Assemblée de 1791 n'avait donné aucun

(1) Locré, tome XXVIII, p. 126.

résultat, il fut répondu qu'il n'était pas bon de l'omettre, ne dût-il se présenter que des hypothèses très-rares. « On a vu, disait M. Louvet, rapporteur au Corps législatif (1), depuis l'Assemblée constituante, peu d'exemples de réhabilitation; mais quand, par impossible, l'espoir d'y être admis ne servirait qu'à rendre meilleur *un seul individu*, la peine qu'aurait pris le législateur ne serait pas perdue. » Et M. Target ajoutait lorsqu'il proposait l'adoption de cette institution (2) : « Si ce n'est là pour le législateur qu'une douce chimère, l'idée en est belle à consacrer dans la loi et suffira peut-être pour en obtenir quelquefois la réalité... Ne dût-elle avoir d'application *qu'une ou deux fois par siècle*, ce ne serait pas un motif de la dédaigner. »

Telle fut la pensée dans laquelle on adopta la réhabilitation. Avouons que l'organisation détestable qui lui fut donnée aurait été de nature à elle seule à justifier ce peu de confiance, si par impossible le législateur de 1808 en avait eu conscience. En effet, on avait enlevé à l'institution son véritable caractère. Au lieu d'en faire un acte de justice, on en fit un acte de faveur dépendant du pouvoir exécutif, une sorte de grâce d'une nature spéciale pour laquelle on exigeait en plus certaines conditions d'épreuves et l'avis d'autorités différentes. Si l'on avait réalisé un progrès par la suppression de la publicité dangereuse de la législation précédente et par la réduction à 5 ans du temps d'épreuve précédemment fixé à dix ans, on avait organisé une procédure mixte exigeant le concours de trois autorités, la municipalité, le pouvoir judiciaire et le souverain auquel restait le dernier mot, procédure

(1) Séance du 16 décembre 1808. Locré, t. XXVIII, p. 180.

(2) Locré, t. XXIX, p. 18.

longue, d'un succès trop peu certain pour encourager les demandes. Les cas de réhabilitation étaient également fort restreints : les condamnations à des peines criminelles afflictives et infamantes seules en bénéficiaient, ce qui excluait toutes les condamnations correctionnelles. Les conditions exigées faisaient naître des doutes sur son application à la dégradation civique et à la surveillance de la haute police prononcées comme peines principales. Enfin par une interprétation littérale du mot *réhabilitation*, pris dans son sens étymologique (*rursus habilis*), on en avait restreint les effets aux seules incapacités qui accompagnent la condamnation ; la condamnation restait intacte.

Des réformes partielles vinrent peu à peu modifier les sévérités et corriger les erreurs du Code de 1808. Une condition mise à l'obtention de la réhabilitation par ce Code était d'avoir subi sa peine ; ce qui excluait les condamnés aux peines perpétuelles et les individus graciés. La loi de 1832 assimila avec raison les graciés à ceux qui avaient subi leur peine, en confirmant une jurisprudence bien établie en ce sens. Quant à la dégradation civique et à la surveillance prononcées comme peines principales, on les déclarait irrémissibles, et par voie de grâce, parce que, disait-on, c'étaient des incapacités et non des peines, et par voie de réhabilitation, parce que celle-ci n'était possible que 5 ans *après l'expiration de la peine*. En 1832, la réhabilitation s'appliqua à la dégradation civique ; on fit courir le délai du jour où la condamnation devenait irrévocable ; mais ce ne fut qu'en 1852 qu'on appliqua la même règle à la surveillance. Quant aux condamnations correctionnelles, elles n'avaient pas été admises à bénéficier de la réhabilitation pour ce motif que cette

institution, relevant de l'infamie attachée aux peines criminelles, ne se comprenait pas pour des peines correctionnelles non infamantes. Deux projets de réforme échouèrent pour cette cause en 1843 et 1845 ; ce ne fut que par un décret du 18 avril 1848 et par une loi du 3 juillet 1852 que les condamnations correctionnelles, qui entraînent parfois un nombre considérable d'incapacités, furent admises à la réhabilitation.

Malgré ces réformes, la réhabilitation ne devait pas produire de résultats, puisqu'on avait enlevé au repentir son plus puissant mobile, le désir de voir disparaître à jamais un souvenir douloureux ; le sentiment de l'honneur était sacrifié ; l'appréciation du repentir était laissée à l'arbitraire du pouvoir exécutif, on avait enlevé à l'institution son véritable caractère, on l'avait détournée de son but, enfin des conditions spéciales, dans le détail desquelles nous entrerons, avaient mis bien des obstacles à son extension. Si l'on ne voulait pas laisser cette institution rester inutile, alors qu'on pouvait en tirer de magnifiques résultats, une réforme s'imposait : c'est ce qu'a tenté le législateur de 1885. Réclamée par le congrès international du patronage des libérés tenu au Trocadéro pendant l'exposition universelle de 1878, elle fit l'objet d'un titre spécial du projet présenté par M. Bérenger.

Aujourd'hui la réhabilitation a changé de nature ; on lui a restitué son véritable caractère d'être un acte de justice et non de faveur, un droit pour celui qui l'a mérité ; le pouvoir judiciaire appréciera donc si les conditions nécessaires sont remplies et la prononcera ; on en a simplifié les formalités ; enfin on lui a rendu son véritable effet, l'oubli de la condamnation et de toutes ses conséquences. Que nous importe si le sens étymologique de l'ex-

pression employée ne correspond plus à l'idée nouvelle qu'on doit se faire de l'institution ? Qu'on cherche une dénomination nouvelle, si l'on veut, la réhabilitation n'en est pas moins conforme aujourd'hui à ce qu'exigent la justice et la raison. On pourrait la définir : « l'oubli légal d'une condamnation et de ses conséquences, prononcé par l'autorité judiciaire en faveur du coupable qui l'a mérité et y a droit après avoir rempli certaines conditions prescrites par la loi. »

§ III. — Conditions de la réhabilitation.

A. — IL FAUT UNE CONDAMNATION A UNE PEINE AFFLICTIVE OU INFAMANTE, OU A UNE PEINE CORRECTIONNELLE. (Art. 619 Code. inst. crim.)

Sont en conséquence exclus de la réhabilitation : les condamnés à une peine de simple police ; ce qui se comprend, les contraventions n'impliquant rien d'immoral n'ont pas à être rachetées par une conduite exemplaire ; l'opinion publique l'a aussi compris de cette manière. Le Code de 1808 excluait les officiers ministériels destitués, la destitution ne rentrant pas dans l'expression de condamnation correctionnelle ; une loi du 19 mars 1864 leur a étendu le bénéfice de la réhabilitation du Code d'Instruction criminelle dans les mêmes conditions que les condamnés à une peine correctionnelle, et le délai d'épreuve court du jour de la cessation des fonctions.

Nous avons vu que la dégradation civique (en 1832) et la surveillance (en 1852), prononcées comme peines principales, ont été soumises à la réhabilitation et que le temps d'épreuve date du jour de la condamnation devenue définitive. Mais la réforme la plus importante de la loi de 1885 concerne les récidivistes et les indivi-

des condamnés après une première réhabilitation. Le Code 1808 les excluait de cette mesure ; toutefois pour les récidivistes qui n'avaient pas encore obtenu la réhabilitation de leur première condamnation ils n'étaient exclus que si, la première condamnation ayant été pour crime, ils encouraient une nouvelle condamnation pour crime à une peine afflictive et infamante (a. 634, § 3 et 4, ancien).

Le législateur de 1885 a jugé avec raison que la récidive ne devait pas par elle seule être un obstacle à un amendement d'autant plus désirable que la perversité était plus grande (1). Il ne fallait pas fermer l'oreille au repentir par ce motif que celui qui l'invoquait avait été antérieurement plus coupable ; mais la prudence exigeait que l'épreuve fût plus longue à l'égard de gens dont l'habitude du mal paraît plus enracinée, ou qui ont dû à l'hypocrisie les avantages d'une première réhabilitation ; les conditions de cette épreuve seront examinées dans un instant. Qu'on ne dise pas que la rechute constitue l'homme qui l'a commise dans un état d'indignité toute spéciale, que celui qui a récidivé après une première réhabilitation a trompé son pays, et que lui en accorder une nouvelle c'est donner une prime à l'hypocrisie. La réhabilitation a précisément pour but de relever d'une indignité, et plus l'indignité est grande, plus la réhabilitation doit être désirable, mais plus aussi, ajoutons-le, l'épreuve doit être sérieuse pour éviter à la société une erreur toujours possible.

La loi ne distinguant pas, il faudra admettre l'étranger, condamné en France, au bénéfice de la

(1) Un amendement de M. de Gavardie tendant à exclure les récidivistes a été repoussé. Sénat, séance du 22 mars 1884, (*Offic.* du 23, déb. parl., p. 771).

réhabilitation : elle lui est nécessaire pour être admis à établir son domicile en France, pour se faire naturaliser, pour pouvoir tenir en France un établissement d'instruction (a. 8, 9, loi du 12 juillet 1875), (a. 4, loi du 30 octobre 1886). La loi s'applique aussi aux condamnations militaires : cela fut dit expressément par le président du Conseil d'Etat, lors de la discussion du Code de Justice militaire (*Moniteur* du 10 mai 1857). Nous renvoyons du reste à ce que nous avons dit sur ce qu'il faut entendre par les mots *peine afflictive ou infamante ou correctionnelle*.

B. — IL FAUT QUE LE CONDAMNÉ AIT SUBI SA PEINE OU OBTENU
DES LETTRES DE GRACE (a. 619).

Le Code de 1808 voulait que la peine eût été subie dans son intégrité : la loi de 1832 assimila la grâce à l'exécution de la peine. La loi ne spécifiant pas en vertu de quelle condamnation la peine devait être prononcée, on ne se préoccupera pas de savoir si cette condamnation a été contradictoire ou par défaut. Mais l'article 619 exclut la prescription de la peine. Avant 1885 la réhabilitation n'était pas possible pour le condamné qui avait prescrit sa peine, quelle qu'en fût la nature, corporelle ou pécuniaire (1). L'article 633, modifié par la loi du 14 août 1885, a admis la possibilité d'une réhabilitation, même au cas de prescription de l'amende. Comme cette réforme se lie intimement à la condition du paiement des frais et dommages-intérêts, nous renvoyons à l'explication qui va suivre.

(1) Arr. Paris, 5 avril 1853. Sir., 1853, 2, 293.

C. — UNE TROISIÈME CONDITION CONSISTE DANS LE PAIEMENT DES FRAIS DE JUSTICE, DE L'AMENDE ET DES DOMMAGES-INTÉRÊTS, SAUF LES EXCEPTIONS PRÉVUES PAR L'ARTICLE 623 NOUVEAU.

Sous l'empire de la législation précédente, les exceptions prévues étaient : la remise des frais, de l'amende (par voie de grâce), et des dommages-intérêts; ou bien la contrainte par corps subie ou la remise qui en a été faite; la Cour de cassation allait même jusqu'à admettre à la place de la justification du paiement un simple certificat d'indigence conformément à l'article 420 du Code d'instruction criminelle, mais cela ne s'appliquait qu'aux frais et à l'amende (1). Mais une réforme, heureuse dans son principe, donna lieu pour la réhabilitation à une conséquence désastreuse; la loi du 22 juillet 1867 (art. 3, § 2), qui abolissait la contrainte par corps pour les frais dûs à l'Etat, enlevait aux indigents le moyen d'arriver à la réhabilitation; cette conséquence a disparu heureusement grâce à la loi du 19 décembre 1871 qui rétablit la contrainte par corps pour ces frais. Enfin si on est en présence d'une banqueroute frauduleuse, l'article 623 ancien, qui n'a pas été modifié à cet égard, exige le paiement du passif de la faillite en capital, intérêts et frais, ou que remise en ait été faite.

Un des grands obstacles à la réhabilitation était dans beaucoup de cas l'indigence du condamné qui se heurtait aux exigences de l'article 623. La proposition de loi de M. Bérenger demanda que la prescription de ces différentes dettes (y compris l'amende) fût aussi considérée comme un équivalent du paiement. La Chambre prit cette idée en considération, mais exigea que le condamné justifiât qu'il était hors d'état de se libérer au

(1) Arr. cass, 17 novembre 1871. Sir., 1872, 1, 149.

moment où la prescription s'est trouvée acquise (1). Le Sénat accepta cette modification, mais le rapporteur, M. Béranger, en critiqua les termes qui obligent le condamné à démontrer son insolvabilité au moment de la prescription : ce qui est inutile, puisqu'aux termes de l'article 2219 du Code civil, la prescription, moyen de libération, équivaut au paiement. Pour éviter toute incertitude et déclarer la prescription applicable à toutes ses dettes (frais, amendes, dommages-intérêts), on mit dans le premier paragraphe ces mots : *sauf le cas de prescription* qui s'appliquent à tous les cas.

Une question se présentait à l'occasion des dommages-intérêts. Quels sont ces dommages-intérêts dont l'article 623, § 1 exige soit le paiement, soit la remise, soit la prescription ? Ces mots comprennent évidemment ceux qui auraient été alloués à la partie lésée par décision judiciaire rendue avant la demande de réhabilitation. L'ancien article semblait ajouter les dommages-intérêts *auxquels le coupable a pu être condamné*, c'est-à-dire ceux qui n'avaient pas encore fait l'objet d'une demande en justice ; et la pratique de la chancellerie s'était formée en ce sens : on exigeait la présentation d'un certificat de la partie lésée constatant qu'elle avait été désintéressée : ce qui aboutissait dans certains cas à des faits de chantage. Pour mettre fin à cette pratique, M. Gilbert-Boucher avait demandé à la Chambre de remplacer les mots *auxquels il a pu être condamné* par ceux-ci *auxquels il a été condamné*. Quoique cet amendement ait été reproduit et accepté par le Sénat, tout disparut dans la rédaction définitive qui est la loi actuelle, sans qu'on en ait donné de motifs ; mais l'esprit de la loi est

(1) Chambre, séance du 18 mai 1885. (*Offic.* du 19, p. 839).

resté le même ; et il faut décider que, si une condamnation à des dommages-intérêts n'a pas été prononcée avant la demande en réhabilitation, le sollicitant n'aura rien à justifier à cet égard. La pratique des parquets allait encore plus loin : il fallait que le condamné justifiât du paiement des dommages-intérêts malgré la prescription de l'action civile, et si la partie lésée ne pouvait être retrouvée, on l'obligeait au versement d'une somme au bureau de bienfaisance. Pour bien préciser que la loi nouvelle regardait cette pratique comme illégale et que la prescription suffirait, Mgr Freppel proposa d'ajouter au § 2 de l'article 623 : « ou qu'aucune demande en dommages-intérêts n'a été formée contre lui dans le délai fixé pour la prescription de l'action civile » (1) ; cette preuve se ferait par un certificat du greffier de la résidence du libéré prouvant qu'il n'a pas été formé de demande en dommages-intérêts. Cet amendement fut repoussé par ce motif que la prescription de l'action civile provenant du délit avait la même durée que la prescription de l'action pénale, et qu'il n'y a pas lieu de viser une sorte de prescription civile qu'on croit pouvoir être plus longue que la prescription pénale.

Pour faciliter la réhabilitation, le nouvel article 623, dans son § 5, déroge au principe qui régit la solidarité quand plusieurs coaccusés sont condamnés, la loi établit entre eux la solidarité pour le paiement des frais et des dommages-intérêts ; quoique les frais et les dommages-intérêts ne soient dus qu'une fois, il n'en est pas moins vrai que chaque condamné a à sa charge le total des frais et des dommages-intérêts, conséquences de son infraction, que sa responsabilité

(1) Chambre, séance du 18 mai 1885, (*Offic. du 19, déb. parl.*, p. 840).

est totale à cet égard ; et il eût été parfaitement juste, comme le laissait supposer l'ancien texte, d'exiger que tout ait été payé par le sollicitant, qui ne payait pas plus que sa dette, du moins dans ses rapports avec l'Etat ou la partie lésée. Mais dans le but de favoriser l'institution qu'on réformait, le législateur déclare qu'au cas de condamnation solidaire la Cour fixe la part des frais, des dommages-intérêts ou du passif, qui devra être payée par le demandeur.

Une nouvelle faveur est accordée par le § 4 qui autorise la Cour à accorder la réhabilitation au demandeur pauvre qui n'a pu payer les frais. Enfin, le § 6 déclare que l'absence ou l'opposition de la partie lésée n'empêcheront pas la réhabilitation ; il y sera suppléé par le dépôt de la somme à la caisse des Dépôts et Consignations, somme qui est restituée cinq ans après au demandeur si la partie lésée ne la réclame pas dans ce délai.

D. — IL FAUT UN CERTAIN TEMPS D'ÉPREUVE QUI PERMETTE DE CONSTATER
L'AMENDEMENT (Art. 620, 621, 634 § 3 et 4.)

L'article 620 et les §§ 3 et 4 de l'article 634 fixent un délai avant l'expiration duquel aucune demande en réhabilitation ne pourra être formulée. Pour les condamnés à une peine afflictive ou infamante, ce délai est de 5 ans, qui court à partir de la libération (1) ; pour la dégradation civique prononcée comme peine principale, le délai ne court que du jour où la condamna-

(1) Que cette libération soit définitive ou conditionnelle, le jour de la sortie de l'établissement pénitentiaire sera le point de départ du délai ; l'esprit de la loi étant de tenir compte du temps d'épreuve passé en liberté, il n'y a pas de différence à faire entre la libération définitive et la libération conditionnelle.

tion est devenue irrévocable, si l'emprisonnement n'a pas été prononcé comme peine accessoire, et du jour de la cessation de l'emprisonnement au cas prévu par l'article 35 du Code pénal ; pour la condamnation à la surveillance comme peine principale le délai court du jour où elle est devenue irrévocable. Le délai est de trois ans au cas de condamnation correctionnelle. Enfin la loi nouvelle, qui admettait à la réhabilitation même les récidivistes, fixe pour eux un délai plus long (art. 634, § 3 et 4) ; il faut distinguer à cet égard : le délai est de six ans à partir de la libération pour tout récidiviste qui n'a jamais été condamné à une peine afflictive ou infamante, et pour celui qui, ayant déjà été réhabilité une première fois (quelle qu'ait été la condamnation objet de cette réhabilitation), n'a encouru postérieurement qu'une condamnation correctionnelle ; pour tout autre récidiviste (1), ou tout autre réhabilité une première fois, le délai est de 10 ans.

L'article 621 détermine les conditions de résidence imposées au demandeur en réhabilitation. Le condamné à une peine afflictive ou infamante doit justifier d'une résidence de 5 années dans le même arrondissement, dont les deux dernières dans la même commune. Le condamné à une peine correctionnelle doit avoir résidé trois années dans le même arrondissement, dont les deux dernières dans la même commune. L'expression de l'article « depuis » montre que ce temps de résidence doit précéder immédiatement la demande en réhabilitation et ne peut pas être pris dans une période quelconque de la vie du demandeur.

(1) Il faut entendre ici par récidive légale, celle des articles 56 à 58 du Code pénal et la récidive nouvelle de la loi du 27 mai 1885.

La commission de la Chambre avait voulu fixer à cinq ans pour tous les condamnés sans distinction la durée de la résidence. L'ancienne distinction fut maintenue sur la demande du Directeur de l'administration pénitentiaire pour ce motif que, en pratique, quand les trois années exigées des condamnés correctionnels étaient jugées insuffisantes, la magistrature ajournait la réhabilitation. Mais on ajouta à l'ancien article 621 deux paragraphes destinés à remédier aux obstacles qui dans certains cas venaient de la nécessité pour certains individus de se déplacer constamment pour trouver du travail ; on les dispensa de la résidence à condition qu'ils produiraient des certificats de bonne conduite émanant de leurs patrons ; la même dispense fut accordée aux militaires qui produiraient des attestations de leurs chefs. Cette dispense pouvant laisser dans certains cas l'épreuve de l'amendement incertaine, il pourra toujours y être remédié par la faculté qu'a le pouvoir judiciaire d'ajourner la demande.

Observons pour terminer ce que nous avons à dire sur cette condition, qu'elle exclut implicitement la réhabilitation de la mémoire des morts. Un amendement présenté en 1852 dans le but de rendre possible cette réhabilitation a été repoussé.

E. — PROCÉDURE DE LA RÉHABILITATION.

Avant 1885, la procédure nécessaire pour arriver à la réhabilitation pouvait se résumer ainsi : outre la justification des conditions ci-dessus, ou du moins de celles qu'exigeaient les anciens textes, le condamné adressait une demande au Procureur de la République ; celui-ci provoquait sur la moralité et les moyens d'existence du demandeur des attestations des conseils

municipaux, des maires, des juges de paix et des sous-préfets des lieux où il avait résidé; se faisait délivrer un extrait des registres du lieu de détention, constatant sa conduite, et une expédition du jugement ou de l'arrêt de condamnation. La Cour (chambre des mises en accusation) appréciait et émettait un avis favorable ou défavorable. Si l'avis était défavorable, tout était fini, et une nouvelle demande devait attendre deux ans; sinon on transmettait le dossier au Ministre de la Justice sur le rapport duquel le Président de la République statuait définitivement (art. 622 à 631 anciens).

La loi du 14 août 1885 a modifié presque complètement cette procédure : elle a rendu au pouvoir judiciaire le droit de statuer qui lui appartient quand il s'agit de reconnaître l'existence d'un droit, et nous avons vu que la réhabilitation a désormais ce caractère, quoique en réalité le juge soit maître de ne pas la prononcer en déclarant que les conditions de bonne conduite suffisante n'existent pas. Aujourd'hui le condamné doit adresser au Procureur de la République de son arrondissement sa demande avec indication de la date de sa condamnation, des lieux où il a résidé, et avec les preuves de l'exécution des différentes conditions prévues par la loi relativement aux frais, amendes et dommages-intérêts (art. 622 et 623). Le Procureur provoque des attestations des maires des communes où le condamné a résidé, concernant la durée de sa résidence, les jours où elle a commencé et fini, sa conduite, ses moyens d'existence, attestations déclarant qu'elles ont été délivrées pour servir à l'appréciation de la demande en réhabilitation; il prend en outre l'avis des juges de paix et sous-préfets des lieux de résidence du demandeur (art. 624). La loi

nouvelle supprime les attestations des conseils municipaux, par ce motif que la publicité de leurs séances pouvait arrêter les demandes, que du reste elles n'avaient que peu de valeur, les conseils municipaux des grandes villes ne connaissant pas le condamné et ceux des petites localités n'osant pas émettre un avis défavorable (1). Du reste, la Cour reste libre de faire prendre de nouvelles informations (art. 627). Le Procureur de la République se fait délivrer une expédition de l'arrêt ou du jugement de condamnation et un extrait des registres des lieux de détention où la peine a été subie, constatant quelle a été la conduite du condamné. Puis il transmet le tout au Procureur général avec son avis (art. 625). La Cour est saisie (art. 626), l'affaire doit venir devant la Chambre des mises en accusation dans les deux mois du dépôt des pièces au greffe; et le Procureur général doit donner des conclusions motivées et par écrit (art. 627).

La Cour n'émet plus comme autrefois un simple avis. D'après le nouvel article 628, elle statue après avoir entendu le Procureur général et la partie ou son conseil. A la Chambre des Députés, Mgr Freppel (2) proposa d'ajouter ces mots « à huis clos » : le principe de la publicité repose sur la nécessité d'éloigner tout soupçon de partialité lorsque deux parties sont en présence; ici il n'y a qu'une seule partie qui veut faire oublier une faute qu'elle regrette; si les débats sont publics, si le ministère public est défavorable à la demande, il rappellera publiquement l'infraction passée, et per-

(1) Voir à ce sujet le discours de rentrée prononcé devant la Cour d'appel de Grenoble en 1881 par M. Duhamel, substitut du Procureur général.

(2) Chambre, séance du 18 mai 1885, (*Offic.* du 19).

sonne n'osera affronter cette publicité qui a fait repousser les anciennes attestations des conseils municipaux : l'application de la loi sera donc rendue impossible. Le rapporteur approuva cette pensée, mais demanda que, conformément au principe fondamental de notre droit, l'arrêt au moins fût rendu publiquement ; et pour marquer la réforme, on inséra dans le texte, que les débats auraient lieu « en Chambre du conseil ». Ces mots disparurent dans la rédaction votée par le Sénat, sur l'observation fort juste de M. Bérenger que l'auteur de l'amendement et le rapporteur à la Chambre, avaient commis tous deux une erreur : en effet la Chambre des mises en accusation qui connaît des demandes en réhabilitation, statue toujours en Chambre du conseil ; l'addition proposée était donc superflue, et même dangereuse, puisqu'elle aurait soumis à la publicité un arrêt de la Chambre des mises en accusation qui ne rend pas d'arrêts publics.

En cas de rejet de la demande on ne peut en introduire une nouvelle avant un délai de deux ans (a. 629). M. Allain-Targé, Ministre de l'Intérieur, parlant au nom du Ministre de la Justice, fit repousser un membre de phrase adopté par le Sénat, permettant au Ministre de la Justice d'abréger ce délai, afin de ne pas mettre celui-ci en opposition avec un arrêt de Cour souveraine (1).

Sous l'empire du Code de 1808 une controverse s'était élevée sur le point de savoir si la décision rendue alors par la Cour d'appel était susceptible d'un recours ; la Cour suprême s'était prononcée pour la négative (2) par ce motif que cette décision

(1) Chambre: séance du 18 mai 1885, (*Offic.* du 19, p. 841).

(2) Arr. cass., 17 novembre 1871. (*Sirey*, 1872, I, 149.)

n'était qu'un simple acte judiciaire et non un véritable arrêt. Aujourd'hui, la question n'est plus douteuse : l'admission ou le rejet d'une demande en réhabilitation est un arrêt contre lequel peuvent se pourvoir le ministère public et la partie demanderesse.

§ IV. — Effets de la réhabilitation.

Avant 1885, la réhabilitation ne faisait cesser que les incapacités qui résultaient de la condamnation ; ce sont : 1° la dégradation civique (a. 28. 34, C. pén.) ; — a. 3, loi du 31 mai 1854) ; — 2° la dégradation militaire (a. 188, 189, C. justice militaire) ; — 3° la surveillance de la haute police (a. 44, C. pén.) ; — 4° les incapacités de disposer et de recevoir substituées par la loi du 31 mai 1854 (a. 3) à l'ancienne mort civile ; — 5° l'incapacité d'exercer une fonction publique (a. 171-175, C. pén.) ; — 6° les incapacités prononcées par des lois spéciales, comme d'enseigner, d'être électeur, juré, de servir dans l'armée, etc., etc. ; — 7° les incapacités de l'article 42 du Code pénal. Quant aux incapacités politiques, des auteurs voulaient les séparer des autres, parce que la loi qui donnait à la réhabilitation effet sur les *incapacités* ne pouvait viser des déchéances auxquelles les divers textes donnaient les noms de *destitution*, *exclusion*, *privation*. Cette opinion qui n'avait pas triomphé, n'a plus de raison d'être aujourd'hui.

Ce caractère de la réhabilitation avant 1885 donnait lieu par conséquent aux conséquences suivantes : si, au moment de la demande en réhabilitation il n'y, avait plus d'incapacités, celle-ci devenait impossible puisqu'elle n'avait plus pour objet d'enlever comme autrefois la note d'infamie seulement ; la jurispru-

dence de la Cour de cassation avait cependant adopté l'idée contraire par suite de nécessités pratiques (1); de même, malgré une controverse, il fallait décider que, la condamnation subsistant, la récidive restait possible malgré la réhabilitation.

La loi du 14 août 1885 en modifiant l'article 634 du Code d'instruction criminelle est venue donner à la réhabilitation de nouveaux effets plus importants. Désormais elle effacera la condamnation (2). En conséquence le condamné sera remis dans la même situation que si l'infraction n'avait pas été commise; condamnation, déchéances politiques, incapacités de toutes sortes qui en résultent, tout disparaît. La réhabilitation sera possible même au cas où il n'y aurait plus d'incapacités à faire disparaître, parce qu'il lui reste encore un but; et elle rendra impossible l'application de la récidive (3). Ce dernier effet a été au sein des Chambres l'objet des plus vives attaques. Dans la séance du Sénat du 22 mars 1884 (4), M. Humbert demanda la suppression des mots « efface la condamnation »; pour l'orateur, on fait une confusion entre trois institutions différentes : l'amnistie qui fait disparaître et le fait coupable et la condamnation, la grâce qui enlève les pénalités matérielles, et la réhabilitation qui vise les incapacités. Or le but principal, cherché dans la réhabilitation par ceux qui la demandent, est moins d'effacer une condamnation, dont le souvenir restera malgré tout, que de leur rendre leurs droits et particulièrement les droits électoraux dont la privation perpétue le souvenir de leur faute; pourquoi effacer la condamnation quand

(1) Arr. cass., 27 avril 1865. (Sirey, 1865, I, 289).

(2) Il en était ainsi sous le Code de 1791.

(3) Loi du 27 mai 1885, art. 5.

(4) *Officiel* du 23.

les circulaires ministérielles rendent indirectement le même service pratique en défendant de mentionner sur les extraits du casier judiciaire délivrés aux parties les condamnations qui ont fait l'objet d'une réhabilitation (1) ? Avec le texte nouveau on supprime la récidive à une époque où on est forcé à prendre des mesures rigoureuses contre les récidivistes; on la supprime surtout à l'égard de gens hypocrites d'autant plus coupables qu'ils ont été l'objet d'une faveur imméritée. Répondons avec le rapporteur que cet inconvénient pratique quoique réel n'est pas de nature à faire rejeter une réforme aussi utile que celle du nouvel article 634; si on efface la condamnation, il faut en accepter la conséquence, l'impossibilité d'appliquer la récidive au cas de rechute; d'abord l'objection de M. Humbert ne prouve qu'une chose c'est que toute loi humaine est imparfaite, et qu'il faudra être très prudent pour éviter de donner à des hypocrites la faveur de la réhabilitation; de plus il n'est pas vrai de dire qu'un homme qui, après une première faute, se conduit pendant longtemps d'une manière honnête, ne rachètera jamais complètement cette faute, et que s'il vient à retomber il est plus coupable que tout autre; pour les hypothèses peu favorables, la justice ne sera pas désarmée; le bulletin n° 1 du casier judiciaire conserve la mention de la condamnation et si la nouvelle infraction mérite qu'on tienne compte de l'indignité du coupable, le juge a dans l'application du maximum un moyen suffisant de la réprimer.

En conséquence du nouvel effet attribué à la réha-

(1) Circulaire de M. Dufaure du 6 décembre 1876, *Bulletin officiel du ministère de la Justice*, p. 239 et 247, n° 26.

bilitation l'article 633 décide qu'il sera procédé, après l'adoption de la demande, de la manière suivante : « Un extrait de l'arrêt est adressé par le Procureur général à la Cour ou au tribunal qui a prononcé la condamnation pour être transcrit en marge de la minute de l'arrêt ou du jugement. Mention en est faite au casier judiciaire. Les extraits délivrés aux parties ne doivent pas relever la condamnation. Le réhabilité peut se faire délivrer une expédition de la réhabilitation et un extrait du casier judiciaire sans frais(1). »

A l'effet absolu attribué à la réhabilitation il y a cependant des exceptions. Une première résulte de l'article 634, § 2 déclarant que les interdictions prononcées par l'article 612 du Code de Commerce sont maintenues, nonobstant la réhabilitation obtenue en vertu du Code d'instruction criminelle : c'est l'impossibilité pour les banqueroutiers frauduleux ou les commerçants coupables de vol, escroquerie etc., d'obtenir la réhabilitation commerciale. Une deuxième exception concerne les droits acquis aux tiers ; l'article 634 déclare que les incapacités ne cessent que pour l'avenir ; en conséquence persistent l'indignité de succéder (a. 727, Code civil), la privation du droit de jouissance légale perdu en vertu de l'article 335 du Code pénal ; la séparation de corps ou le divorce, obtenus à la suite d'une condamnation à une peine afflictive et infamante, subsistent malgré la réhabilitation. Enfin il faut déclarer que la loi tout en prétendant oublier totalement la faute et la condamnation ne peut pas faire

(1) Voir dans notre première partie les observations présentées sur le casier judiciaire et sur la mention de cette inscription dans la loi nouvelle par Mgr Freppel. Chambre, séance du 18 mai 1885. (*Off. n.* du 19, p. 842).

que certains faits n'aient pas existé, comme la détention, et en conséquence nous déciderons relativement à l'application de la loi du 27 mai 1885 que le temps passé en prison (même pour une condamnation qui a été effacée par la réhabilitation) allongera d'autant le délai de dix ans exigé par l'article 4 de cette loi.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le prêteur a puisé l'idée du Constitut dans les législations étrangères et a suivi pour sa réglementation les principes de la *pecunia credita*.

II. — L'action de *pecuniâ constitutâ* n'a jamais été pénale mais *rei persecutoria*.

III. — Le Constitut a été introduit sous toutes ses formes à la même époque dans la législation romaine.

IV. — Le Constitut *alieni debiti* contracté *in durio rem causam* est réductible au quantum de l'obligation principale.

V. — Lorsque l'intention des parties était de substituer un nouveau débiteur à l'ancien, le Constitut opérait une sorte de novation prétorienne éteignant l'obligation primitive *exceptionis ope*.

VI. — Le bénéfice de discussion fut accordé au constituant en même temps qu'au fidéjusseur par la Nouvelle IV.

VII. — La femme *in manu* et la *filia familiâs* pubère doivent quant à la capacité être assimilées au *filius familiâs* pubère.

VIII. — L'obligation de *dolo purgari* n'entraîne pas pour le vendeur propriétaire d'une *res mancipi* celle de transférer la propriété à l'acheteur.

IX. — La *sponsio* et la *fidepromissio* pouvaient s'adjoindre à toute obligation principale contractée *verbis*, c'est-à-dire à une *dotis dictio* ou à un *jusjurandum liberti* aussi bien qu'à une *stipulatio*.

X. — La fidéjussion contractée *in duriolem causam* est radicalement nulle.

DROIT CRIMINEL

I. — L'effet de la circonstance aggravante de récidive vient après celui des circonstances atténuantes dans le calcul de la peine.

II. — En droit pur la relégation n'est pas une peine mais une simple mesure de police.

III. — L'infraction à la surveillance de la haute police (ancienne rupture de ban) ne doit pas être comptée dans le nombre des condamnations qui rendent la relégation applicable (art. 4-4° loi du 27 mai 1885).

IV. — On ne peut substituer qu'un seul des délits spécifiés aux §§ 2 et 3 de l'art. 4 (loi du 27 mai 1885) à un délit de vagabondage ou d'infraction à l'interdiction de résidence (art. 4-4°).

V. — Les condamnations pour complicité des délits spécifiés à l'article 4 comptent en vue de la relégation.

VI. — Une condamnation à plus de trois mois d'emprisonnement prononcée pour un délit non spécifié dans la loi de 1885 et pour un délit spécifié (ex.: séquestration illégale, art. 343, C. pén., et abus de confiance, art. 406. C. pén.), ne doit pas être comptée en vue de la relégation, lorsque la peine la plus forte encourue est celle du délit non spécifié.

VII. — En vertu de l'article 6, la relégation ne peut pas être prononcée contre le condamné qui, à l'expiration de la peine effectivement *prononcée* pour la dernière infraction, aurait plus de soixante ans, encore que l'application de la loi du 5 juin 1875, réduisant de 1/4 la durée de toute peine subie en cellule, lui rendrait sa liberté avant cet âge.

DROIT CIVIL

I. — En matière de filiation naturelle l'acte de naissance ne prouve pas l'accouchement de la mère.

II. — Il n'y a dans la prêtrise ni empêchement dirimant ni empêchement prohibitif au mariage.

III. — Le conjoint d'un condamné à une peine afflictive ou infamante peut fonder sa demande en divorce ou en séparation de corps sur cette condamnation nonobstant la réhabilitation obtenue (art. 232, C. civ., — art. 634, C. I. C.).

IV. — Pour que l'effet rétroactif du partage se produise en vertu de l'article 883 du Code civil, il n'est pas nécessaire que l'indivision cesse à l'égard de tous les cohéritiers.

V. — L'aliénation anticipée des fruits à venir des biens dotaux faite par le mari est nulle en vertu de l'article 1554 du Code civil, à moins qu'elle ne constitue un simple acte d'administration.

DROIT ADMINISTRATIF ET ÉCONOMIE POLITIQUE

I. — Un tribunal de l'ordre judiciaire a le droit d'apprécier la régularité extrinsèque d'un arrêté de conflit pris par un préfet, sans cependant en examiner le fond, et peut passer outre s'il reconnaît que cet arrêté a été pris contrairement aux formes ou après les délais fixés par l'ordonnance du 1^{er} juin 1828.

II. — Les dispositions de la loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants employés dans l'industrie, relatives à l'instruction, sont abrogées dans tout ce qu'elles ont de contraire à la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire: en conséquence il faudra appliquer la loi de 1882 en ce qui touche l'âge pendant lequel l'instruction est obligatoire, la possibilité de donner cette instruction soit dans une école publique ou privée soit dans la famille, la détermination des personnes responsables, les peines et la juridiction compétente au cas d'infractions.

DROIT COMMERCIAL

La renonciation tacite à son privilège ou à son hypothèque que l'article 508 du Code de commerce

attache au vote d'un créancier privilégié ou hypothécaire au concordat, est subordonné à l'existence de ce concordat : si celui-ci vient à être refusé ou annulé, la renonciation doit être considérée comme non avenue.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Le Français cessionnaire d'une créance, quelle qu'elle soit, contractée primitivement entre deux étrangers, a le droit de poursuivre son débiteur étranger devant un tribunal français, par application de l'article 14 du Code civil.

VU ET APPROUVÉ :

Les Membres de la Commission,

E. RENARDET, F. BONNEVILLE.

Vu :

Le Doyen,

VILLEQUEZ.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie,

C. CHAPPUIS.

ERRATA

PAGES NOTES LIGNES

11	1	..	Au lieu de : <i>archæologischen</i> lire <i>archæologis-</i> <i>chen</i> .
14	..	5	Au lieu de : <i>de la comparer</i> lire <i>de le com-</i> <i>parer</i> .
49	..	7	Au lieu de : <i>faisaient</i> lire <i>faisait</i> .
54	1	10	Au lieu de : <i>est</i> lire <i>ait</i> .
59	..	18	Point de virgule entre <i>mauvaise foi</i> et <i>à refuser</i> .
74	..	27	Au lieu de : <i>extinctions</i> lire <i>extinction</i> .
74	..	30	Au lieu de : <i>extinctions</i> lire <i>extinction</i> .
75	..	8	Au lieu de : <i>carractère</i> lire <i>caractère</i> .
85	..	6	Au lieu de : <i>une</i> lire <i>un</i> .
86	..	6	Au lieu de : <i>acte</i> lire <i>pacte</i> .
113	3	..	Au lieu de : <i>Lois arg.</i> lire <i>Lois. Arg.</i>
114	..	2	Au lieu de : <i>congitiones</i> lire <i>cognitiones</i> .
115	..	30	Au lieu de : <i>releé</i> lire <i>relevés</i> .
122	..	5	Au lieu de : <i>analogue</i> lire <i>analogues</i> .
127	..	11	Au lieu de : <i>faites</i> lire <i>faits</i> .
131	..	24	Après <i>intimidation</i> deux points (:).
136	..	15	Pas de point et virgule (;) entre <i>la condamna-</i> <i>tion</i> et <i>et</i> .
137	1	..	Au lieu de : <i>1761</i> lire <i>1791</i> .
142	2	..	Au lieu de : <i>arr. Alger, 5 juillet 1879</i> lire <i>arr.</i> <i>Alger, 5 juillet 1877</i> .
147	..	18	Au lieu de : <i>où</i> lire <i>or</i> .
154	..	5	Au lieu de : <i>où</i> lire <i>on</i> .
154	..	6	Point et virgule (;) après <i>déportation</i> .
156	..	23	Au lieu de point et virgule (;) virgule (,) après <i>n'existait pas</i> .
165	..	14	Au lieu de : <i>censuré</i> lire <i>consacré</i> .
167	..	17	Au lieu de : <i>montran</i> lire <i>montrant</i> .
169	..	3	Au lieu de : <i>utile</i> lire <i>utilité</i> .
170	..	19	Point et virgule (;) après <i>qui s'impose</i> .

PAGES NOTES LIGNES

178	..	20	Au lieu de : <i>de lire du.</i>
181	..	10	Au lieu de point et virgule (;) virgule (,) après <i>judiciaire.</i>
182	..	14	Pas de virgule (,) après <i>contestés.</i>
185	1	..	Au lieu de : <i>casiers judiciaires 1810 lire casiers judiciaires, 1870.</i>
190	..	28	Au lieu de : <i>projet du Code lire projet de Code.</i>
196	..	18	Au lieu de <i>ces</i> lire <i>les.</i>
205	..	13	Point et virgule (;) après <i>des marques</i> et non après <i>en commun.</i>
206	..	3	Au lieu de : <i>produit</i> lire <i>produits.</i>
226	..	11	Après à <i>cet égard</i> point et virgule (;).
230	..	18	Virgule (,) avant et non après <i>disons.</i>
244	..	29	Virgule (,) avant et non après <i>les conditions.</i>
250	..	3	Au lieu de : <i>intimidante</i> lire <i>intimidante.</i>
255	..	9	Au lieu de : <i>a laquel</i> lire <i>à laquelle.</i>
269	..	19	Point et virgule (;) après à <i>partager.</i>
274	..	10	Au lieu de : <i>de la loi a; 18 du décret</i> lire <i>de la loi; a. 18 du décret.</i>
275	..	18	Pas de virgule (,) entre <i>jours</i> et <i>sa libération.</i>
279	..	14	Au lieu de : <i>de faire relever</i> lire <i>de se faire relever.</i>
282	..	31	Au lieu de : <i>réintégrée</i> lire <i>réintégré.</i>
288	..	21	Deux points (:) après <i>retranchés.</i>
290	1	4	Au lieu de : <i>en même différents temps</i> lire <i>même en différents temps.</i>
292	..	30	Au lieu de : <i>conseil</i> lire <i>conseils.</i>
310	..	3	Au lieu de : <i>coupable</i> lire <i>coupables.</i>
366	..	7	Virgule (,) après et non avant <i>la relégation.</i>
371	..	9	Au lieu de : <i>empêché</i> lire <i>empêchée.</i>
371	..	13	Virgules (,,) après <i>totalelement</i> et après <i>remise.</i>
385	..	31	Au lieu de <i>ont</i> lire <i>a.</i>
416	..	21	Au lieu de ARTICLE VI lire ARTICLE IV.
416	..	28	Au lieu de : <i>Quelle est le but et quel doit être</i> lire <i>quel est le but et quelle doit être.</i>
421	..	8	Au lieu de : <i>pris</i> lire <i>prise.</i>
428	..	9	Au lieu de : <i>ses</i> lire <i>ces.</i>
429	..	25	Point et virgule (;) après <i>solidarité.</i>
429	..	26	Au lieu de : <i>la loi</i> lire <i>la loi.</i>
439	1	..	Au lieu de : <i>inscription</i> lire <i>institution.</i>
445	..	2	Au lieu de : <i>subordonné</i> lire <i>subordonnée.</i>

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DU « CONSTITUTUM DEBITI ALIENI »

	Pages
INTRODUCTION.....	1
Du constitut en général. Son origine; son caractère et ses modifications suc- cessives.....	1
Caractères et conditions du constitut; son utilité.....	14
Effets du constitut.....	19
Réformes de Justinien.....	21
CHAPITRE I ^{er} . — NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE <i>Constitutum alieni debiti</i> . SON ORIGINE ET L'ÉPOQUE DE SON APPARITION.....	24
CHAPITRE II. — CONDITIONS NÉCESSAIRES A LA FORMATION ET A LA VALIDITÉ DU <i>Constitutum alieni debiti</i> . MODALITÉS DONT IL PEUT ÊTRE AFFECTÉ.....	32
§ I. — Conditions nécessaires à tout contrat ...	33
§ II. — Conditions exigées de tout constitut	33
§ III. — Conditions nécessaires au <i>Constitutum alieni debiti</i>	34
1. — Obligation préexistante.....	34
2. — Objet	35
3. — Consentement.....	42
4. — Capacité.....	45

Modalités dont peut être affecté le <i>Constitutum alieni debiti</i>	50
Du terme	50
Dé la condition.. ..	52
De l' <i>adjectio solutionis gratiâ</i>	55
De l'alternativité.....	56
De la corréalité	56
 CHAPITRE III. — EFFETS DU <i>Constitutum alieni debiti</i>	58
I. — Effets dans les rapports du créancier avec le débiteur primitif.....	61
II. — Effets dans les rapports du créancier avec le constituant	69
1°. Etendue de l'obligation du constituant. Moyens dilatoires accordés contre l'action du créancier.....	69
2°. Modes d'extinction de l'obligation du constituant <i>alieni debiti</i>	74
III. — Effets dans les rapports du constituant avec l'ancien débiteur.....	79
 CHAPITRE IV. — COMPARAISONS ENTRE LE <i>Constitutum alieni debiti</i> ET D'AUTRES INSTITUTIONS ANALOGUES	83
I. — Comparaison du <i>Constitutum alieni debiti</i> et de la novation par changement de débiteur.....	83
II. — Comparaison du <i>Constitutum alieni debiti</i> et du <i>mandatum pecuniæ credendæ</i>	85
III. — Comparaison du <i>Constitutum alieni debiti</i> et de la fidéjussion	87
Conclusion	91

DROIT FRANÇAIS

DES MOYENS RÉPRESSIFS ET PRÉVENTIFS DE LA RÉCIDIVE

ET PARTICULIÈREMENT DES LOIS DES 27 MAI ET 14 AOÛT 1885

INTRODUCTION.— HISTOIRE ET PRINCIPES RATIONNELS DE LA	
RÉCIDIVE.....	95
§ I. — De la récidive en droit rationnel.....	98
1°. Légitimité d'une aggravation de peine au	
cas de récidive	98
2°. Conditions de la récidive punissable.....	103
3°. Mesure de l'augmentation de peine au	
cas de récidive	108
§ II. — Historique de la récidive.....	112
1°. Législations primitives.....	112
2°. Droit romain	113
3°. Ancien droit français	118
4°. Droit intermédiaire	122
Conclusion et divisions	126

PREMIÈRE PARTIE

DES MOYENS RÉPRESSIFS ET PRÉVENTIFS DE LA RÉCIDIVE

d'après le Code pénal et les lois antérieures à 1885

CHAPITRE I ^{er} . — MOYENS RÉPRESSIFS.....	128
ART. I. — Nature de la récidive	129
ART. II. — Conditions de la récidive punissable.....	133
1 ^o . Conditions de la récidive pour les délits et les crimes	133
A. Première condamnation.....	133
B. Seconde infraction.....	143
2 ^o . Conditions de la récidive pour les contra- ventions	146
ART. III. — Effets de la récidive	148
1 ^o . Récidive de peine criminelle à peine cri- minelle	150
2 ^o . Récidive de peine criminelle à peine cor- rectionnelle	155
3 ^o . Récidive de peine correctionnelle à peine correctionnelle	158
4 ^o . Récidive de peine correctionnelle à peine criminelle	160
Concours de la récidive avec les diffé- rentes causes d'atténuation de la peine. Détermination exacte du 2 ^o terme de la récidive	161
Concours de la récidive et de plusieurs causes d'atténuation	172
ART. IV. — De la preuve de la récidive.....	172
Du casier judiciaire	176

ART. V. — Exceptions aux règles ordinaires de la	
récidive	186
Conclusion	189
CHAPITRE II. — MOYENS PRÉVENTIFS	192
Étude des causes de la récidive	193
1°. Mauvaise classification des peines	198
2°. Vices du système pénitentiaire actuel ...	201
3°. Difficultés du reclassement des libérés ..	213

DEUXIÈME PARTIE

DES MOYENS RÉPRESSIFS ET PRÉVENTIFS DE LA RÉCIDIVE

d'après les lois des 27 mai et 14 août 1885

ET LES DISPOSITIONS POSTÉRIEURES

CHAPITRE I ^{er} . — MOYENS RÉPRESSIFS	217
ART. I. — Considérations générales sur la loi du	
27 mai 1885; motifs qui l'ont provoquée;	
histoire des débats auxquels elle a	
donné lieu	219
ART. II. — De la relégation. Ses caractères	230
I. Historique de la relégation	230
II. Définition de la relégation. Ses caractères	234
III. But de la relégation	246
IV. La relégation est-elle juste?	249
V. La relégation est-elle pratique?	257
Détermination des lieux de relégation ...	263
ART. III. — Régime et mode d'exécution de la relégation	270
Situation des relégués avant le départ	
pour la colonie	273
Situation des relégués après le départ ..	277

I. Situation personnelle des relégués.....	278
Relégation collective	281
Relégation individuelle	281
Mesures communes aux deux espèces de relégation.....	283
II. Situation des biens des relégués.....	286
ART. IV.— Conditions de la relégation	288
I. Exclusion des condamnations pour crimes ou délits politiques	289
II. Faculté laissée aux tribunaux de compter les condamnations pour infractions de droit commun prononcées par les tribunaux militaires en dehors de l'état de siège ou de guerre.....	292
III. Cas de relégation	295
1 ^{er} . Cas de relégation	296
2 ^e . — —	297
3 ^e . — —	303
4 ^e . — —	303
IV. Du vagabondage considéré au point de vue de la relégation et des délits assimilés	310
Délits nouveaux assimilés au vagabondage.....	315
V. Les condamnations par contumace ou par défaut; celles prononcées pour complicité ou tentative des délits énumérés à l'art. 4, comptent-elles pour la relégation? Quelle solution adopter au cas de condamnation unique pour plusieurs infractions ou de condamnations multiples dont les peines se confondent?	320
A. Des condamnations par défaut ou par contumace	320
B. De la tentative.....	322
C. De la complicité	323
D. Condamnation unique pour plusieurs infractions ou condamnations multiples dont les peines se confondent....	325

VI. Quelles condamnations prévues par l'art. 4 comptent en vue de la relégation ?.....	333
VII. Ordre et délai dans lesquels les condamnations doivent avoir été encourues ..	335
ART. V.— Conditions mises à l'application et à la rétroactivité de la loi du 27 mai 1885...	344
ART. VI.— Procédure et compétence	347
A. Compétence	347
B. Procédure	350
ART. VII.— Exceptions apportées par la loi à l'application normale de la relégation.....	357
A. Dispenses légales	357
B. Dispenses administratives ou par voie de grâce	362
C. Dispenses judiciaires	365
ART. VIII.— Mesures spéciales édictées par la loi du 27 mai 1885 (abrogation de la loi du 9 juillet 1852 et substitution de l'interdiction de résidence à la surveillance de la haute police)	366
CHAPITRE II. — MOYENS PRÉVENTIFS	378
ART. I.— Motifs et but général de la loi du 14 août 1885.	382
ART. II.— De la libération conditionnelle (loi du 14 août 1885, titre 1)	388
I. Historique et but de la libération conditionnelle	388
II. Réglementation de la libération conditionnelle	393
A. Qui peut l'obtenir ?	393
B. Conditions mises à l'obtention de la libération conditionnelle	398
C. Effets de la libération conditionnelle.....	408
D. De la révocation de la libération conditionnelle	406
Conclusion	408
ART. III.— Du patronage (loi du 14 août 1885, tit. 2).	410
ART. IV.— De la réhabilitation (loi du 14 août 1885, titre 3.— Code pénal, art. 619 à 634).....	416

§ I. — But et principes rationnels de la réhabilitation	417
§ II. — Motifs de la réforme de 1885 sur la réhabilitation et dispositions principales...	420
§ III. — Conditions de la réhabilitation	424
Procédure de la réhabilitation.....	432
§ IV. — Effets de la réhabilitation.....	436
POSITIONS.....	441

IMPRIMERIE RÉGIONALE
DIJON

—
Directeur : J. CHEVALLIER
